

BORRADOR DEL INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGANICA DE AMNISTÍA PARA LA NORMALIZACIÓN INSTITUCIONAL, POLÍTICA Y SOCIAL EN CATALUÑA

I. ANTECEDENTES Y COMPETENCIA DEL CONSEJO FISCAL.....	3
II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA PLOA.....	7
III. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA AMNISTÍA ...	8
1. Consideraciones generales: la necesaria contextualización de esta proposición legislativa.....	8
2. Razones para la inconstitucionalidad de una amnistía.....	9
2.1 La omisión de la referencia a la amnistía como significación jurídico política de su inconstitucionalidad. El necesario respeto a la legalidad constitucional y al pluralismo político.....	9
2.2 Una amnistía supone la quiebra del principio de separación de poderes como elemento estructural del Estado de Derecho.....	21
2.3 Una amnistía vulnera el principio/derecho de igualdad ante la Ley.....	26
2.4 Una amnistía supone el incumplimiento de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.....	32
2.5 Una amnistía implica la desnaturalización de la ley como norma de carácter general: la PLOA no cumple los requisitos constitucionales para tener validez como norma de carácter singular.....	42
IV. SOBRE LA COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL Y CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	50
1. Introducción. Consideraciones generales.....	50
2. La PLOA es contraria al Derecho de la Unión Europea.....	52
2.1 La PLOA es contraria a los compromisos internacionales asumidos por España en la lucha contra la corrupción. El delito de malversación no puede ser objeto de una amnistía.....	52
2.2 La PLOA es contraria a los compromisos internacionales asumidos por España en la lucha contra el terrorismo. Los delitos de terrorismo no pueden ser objeto de una amnistía.....	67
2.3 La PLOA es contraria a los principios y valores europeos recogidos en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea y a los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	73
3. El TJUE y el TEDH no avalan la compatibilidad de la PLOA con el Derecho de la Unión Europea.....	79
V. LA COMISIÓN DE VENECIA NO AVALA LA COMPATIBILIDAD DE LA PLOA CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA NI CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	86
1. Consideraciones generales.....	86

2. La doctrina y las Opiniones de la Comisión de Venecia sobre el Estado de Derecho y las leyes de amnistía.....	87
2.1 La denominada “Lista de verificación del Estado de Derecho” (Rule of Law Checklist).....	87
2.2 La Opinión de la Comisión de Venecia de 11 de marzo de 2013.....	88
2.3 La Opinión de la Comisión de Venecia sobre la PLOA.....	89
3. Valoración y conclusiones	91
VI. ANALISIS DEL PREÁMBULO DE LA PLOA	93
1. Consideraciones generales	93
2. Los antecedentes históricos de la amnistía en España no pueden utilizarse como fundamento de la constitucionalidad de esta amnistía	95
3. Los precedentes de Derecho comparado no pueden avalar la constitucionalidad de esta amnistía.....	96
4. El TC no ha declarado la constitucionalidad de la amnistía	98
5. Sobre las consideraciones justificativas de esta amnistía	102
5.1 Sobre la contextualización de esta iniciativa legislativa y el rol del sistema de Justicia.....	102
5.2 No puede existir contraposición entre el principio de legalidad y el principio democrático.....	105
5.3 La STS, Sala de lo Penal, núm. 101/2012, de 27 de febrero tampoco puede utilizarse como parámetro de constitucionalidad de la PLOA	108
5.4 La prohibición constitucional de la amnistía no hubiera implicado la derogación del Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, ni de la Ley 46/1977, de 15 de octubre.....	109
5.5 Tipificar o destipificar una conducta como delictiva no atribuye a las Cortes la facultad de conceder o no amnistías ni se puede equiparar con esta figura o institución jurídica.....	110
5.6 La normativa nacional y autonómica contenida en la EM no puede servir como elemento a valorar en la ponderación del canon de constitucionalidad de esta iniciativa legislativa.....	111
5.7 El reconocimiento de la amnistía decretada en otros países, conforme a su propio régimen constitucional y legal, no implica la existencia de una habilitación constitucional en España para conceder o no una amnistía.....	113
5.8 No pueden concurrir los criterios de ponderación sobre la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación de esta medida de gracia.....	116
VII. ANALISIS DEL ARTICULADO DE LA PLOA.....	116
1. Análisis del Título I. Ámbito objetivo y exclusiones.....	117
1.1 La descripción del ámbito objetivo de la PLOA.....	117
1.2 La descripción de las conductas excluidas	121

1.3 Valoración del ámbito objetivo y de las exclusiones: la PLOA es contraria a los principios de legalidad penal, seguridad jurídica, igualdad ante la Ley, así como al Derecho a la Unión Europea.....	134
2. Análisis del Título II. Efectos.....	141
2.1 Análisis y valoración específicos del art. 4 PLOA: la PLOA supone una intromisión en las funciones jurisdiccionales y es contraria al efecto útil de las cuestiones de inconstitucionalidad, de las cuestiones prejudiciales y de las órdenes europeas de detención y entrega.....	142
2.2 Análisis del resto de preceptos.....	152
3. Análisis del Título III. Competencia y procedimiento.....	154
4. Análisis de las Disposiciones Adicionales y Final.....	159

I. ANTECEDENTES Y COMPETENCIA DEL CONSEJO FISCAL

Por medio de comunicación del Presidente del Senado de España de fecha 27 de marzo de 2024 ha sido remitido a esta Fiscalía General del Estado, para informe, el texto de la “Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña” (en adelante, PLOA).

Del contenido de la PLOA se deduce que se trata de una iniciativa legislativa que incide de manera relevante en el ámbito funcional propio del Ministerio Fiscal, tal y como viene definido, entre otros, en el art. 3, apartados 4 y 5 EOMF. La aplicación de una medida de gracia influye radicalmente en determinados procesos penales, ya culminados por sentencia firme o en tramitación, en los que el Ministerio Fiscal interviene como parte necesaria (art. 105 LECrim), y sobre los que habrá de pronunciarse en relación con las responsabilidades penales y civiles correspondientes (art. 9.1 PLOA).

Tampoco puede desconocerse la singular posición del Ministerio Fiscal en el ámbito de la jurisdicción constitucional (art. 3, apartados 11 y 12 EOMF), derivada de su condición de órgano encargado de actuar en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 de la Constitución Española -en adelante, CE-), que le atribuye un papel relevante en el eventual planteamiento y resolución de cuestiones de inconstitucionalidad (arts. 35 a 37

de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -en adelante, LOTC-).

Del mismo modo, la PLOA incide en materias propias de la jurisdicción contable seguida ante el Tribunal de Cuentas (en adelante, TCu), o en las eventuales responsabilidades administrativas sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre las que el Ministerio Fiscal tiene asignadas algunas funciones (art. 3, apartado 14 EOMF), conforme a lo dispuesto en la normativa sectorial y procesal correspondiente (señaladamente, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Este Consejo considera que el art. 10 EOMF constituye una sólida habilitación legal para emitir este informe. Conforme a ese precepto, existe un deber general de colaboración del Ministerio Fiscal con las Cortes Generales, a requerimiento de éstas y siempre que no exista obstáculo legal. En tal sentido, no puede considerarse como un obstáculo legal el hecho de que el EOMF no prevea expresamente que el Consejo Fiscal tenga competencias para emitir informes sobre proposiciones de ley, ni existe sentencia alguna del Tribunal Constitucional que impida la elaboración de este informe.

En efecto, el art. 14.4.j) EOMF atribuye al Consejo Fiscal la función de emitir informe sobre “proyectos de ley”. Sin embargo, esta mención no puede interpretarse en un sentido literal. De hecho, el art. 3, apartado o) del Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, recoge expresamente como una función de este órgano la de informar los “anteproyectos de ley” que afectan a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal. Lo relevante, por tanto, no es la forma concreta que adopte la propuesta legislativa, sino la necesidad de que la institución pueda emitir un informe sobre un texto prenormativo que afecta de manera significativa a su ámbito funcional. En todo caso, el art. 14.4.j) EOMF debe ser interpretado de manera conjunta y sistemática con lo dispuesto en el art. 10 EOMF. Lo

habitual es que el Consejo Fiscal emita informes sobre los anteproyectos de ley, pero eso no impide emitir un informe sobre una proposición de ley, si así lo solicita una de las cámaras legislativas que integran la Cortes Generales, con las que existe un deber de colaboración.

Las SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre, no desvirtúan esta posición, sino que la confirman. Se trata de dos pronunciamientos en los que se resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad formulados contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Estas sentencias aluden al distinto tratamiento que merecen los proyectos de ley y las proposiciones de ley en relación con las funciones consultivas de determinados órganos, pero su doctrina no impide la emisión de este informe.

En la STC 19/2023 [FJ 7.C.b)] se admite la eventual “legitimación institucional que pudiera corresponder al Ministerio Fiscal para la interposición, en especial, del recurso contencioso-administrativo en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, hoy regulado en el capítulo I del título V de la misma Ley 29/1998, procedimiento al que se refiere la disposición adicional quinta de la LORE (al respecto, con carácter general, sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1990, recurso 2915-1990)”, al margen de las referencias contenidas en los votos particulares suscritos por los Magistrados Sr. Arnaldo Alcubilla y Sra. Espejel Jorquera. Todas estas menciones contrastan aparentemente con lo afirmado en la STC 94/2023 [FJ 2.B.b)], sobre que la ley de eutanasia “en nada afecta a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal”, pero, en cualquier caso, la STC 19/2023 no aborda específicamente la cuestión ahora controvertida sobre la competencia del Consejo Fiscal. Sí lo hace la STC 94/2023.

Efectivamente, en la STC 94/2023 [FJ 2.B.b)] se rechazan los motivos de impugnación basados en “no haber recabado durante la tramitación

parlamentaria el informe del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Comité de Bioética de España”. En este punto, la STC 94/2023 se remite a la STC 19/2023 [FJ 3.B.b)], en la que se rechazaba la misma alegación, pero sobre el Comité de Bioética y el Consejo General del Poder Judicial, no sobre el Consejo Fiscal. En todo caso, lo que viene a señalar la STC 19/2023 es que, efectivamente, las “proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de informes previos de tipo alguno [STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5 c)], fueran o no los mismos exigibles para el Gobierno antes de someter al Congreso un determinado proyecto de ley (art. 88 CE)”. Pero añade [FJ 3.B.c)], “[e]llo sin perjuicio de que las Cortes Generales pudieran considerar oportuno pedir informe al Consejo General del Poder Judicial [léase Consejo Fiscal] sobre cualquier cuestión o asunto de su incumbencia institucional (...). No lo apreciaron así las cámaras en este caso y nada hay que objetar en términos jurídico-constitucionales”. En definitiva, el Tribunal Constitucional constata que las proposiciones de ley no requieren la emisión de informes previos y que, por lo tanto, su ausencia no invalida la tramitación parlamentaria en términos constitucionales, pero nada obsta a que las Cortes Generales soliciten esos informes, que es lo que ha ocurrido precisamente en este caso.

Por lo demás, la STC 36/2013, de 14 de febrero, tampoco resulta de aplicación al Ministerio Fiscal, puesto que se refiere específicamente al Consejo de Estado que, como es conocido, está configurado como el “supremo órgano consultivo del Gobierno” (art. 107 CE), cualidad que, obviamente, no concurre en el Ministerio Fiscal.

En definitiva, y en virtud de todo lo anterior, se considera que no existe obstáculo alguno, sino todo lo contrario, para que el Consejo Fiscal emita este informe. El deber general de colaboración con las Cortes se predica del Ministerio Fiscal como institución, no del Fiscal General del Estado (como sí ocurre con las relaciones con el Gobierno, según disponen los arts. 8 y 9 EOMF). Y, dentro del Ministerio Fiscal, el Consejo Fiscal es el órgano encargado de informar las

propuestas legislativas que afecten a la estructura, organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal, según dispone el art. 14.4 j) EOMF. Nos encontramos ante un texto prenormativo que afecta de manera significativa a su ámbito funcional y que, por su relevancia jurídica, material e histórica, merece ser informado por los órganos consultivos que, habitualmente, emiten su parecer, como instrumento al servicio de la calidad legislativa pero, sobre todo, del libre y fundamentado debate parlamentario y, en definitiva, del Estado de Derecho. Y, todo ello, dentro de un marco general en el que debe presidir la lealtad institucional inherente al hecho de que el Ministerio Fiscal se integra, con autonomía funcional, en un poder del Estado como es el Poder Judicial (art. 2.1 EOMF y Título VI CE).

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre la citada PLOA, y da cumplimiento al trámite de informe requerido por el Senado de España.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA PLOA.

El apartado VI del Preámbulo de la PLOA contiene una descripción suficientemente detallada de la estructura y contenido de la propuesta legislativa, a la que expresamente nos remitimos. No obstante, con la finalidad de ofrecer una panorámica general del texto, se pueden destacar las siguientes líneas fundamentales:

El Título I delimita el ámbito objetivo de la amnistía, en un doble sentido. Por una parte, describiendo los actos a los que alcanza y el periodo marco temporal que comprende; y, por otra, identificando las conductas que, en todo caso, no resultarán amnistiadas.

El Título II regula los efectos de la amnistía en los ámbitos penal, administrativo y contable.

El Título III identifica los órganos competentes para aplicar la amnistía en cada caso y jurisdicción concreta, el procedimiento a seguir, el plazo de prescripción de la acción para solicitar la amnistía y el régimen de recursos.

La PLOA contiene, además, una Disposición Final Primera que modifica el art. 39 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; una Disposición Final Segunda que modifica el art. 130 CP para incluir expresamente la amnistía como un supuesto de extinción de la responsabilidad criminal; y una Disposición Final Tercera que determina su entrada en vigor el día de su eventual publicación en el Boletín Oficial del Estado.

III. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA AMNISTÍA

1. Consideraciones generales: la necesaria contextualización de esta proposición legislativa.

Las circunstancias que han rodeado la elaboración y presentación de esta iniciativa contribuyen, sin duda, a su necesaria contextualización y, en tal sentido, ofrecen algunas pautas hermenéuticas que pueden servir para el adecuado entendimiento de algunos de sus contenidos. Como es conocido, las normas se interpretarán “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (art. 3.1 Código Civil, en adelante, CC).

Sin perjuicio de que, más adelante, se insista en algunas de estas ideas, el consenso social y político mayoritario existente hasta el pasado 23 de julio de 2023 en torno a la inconstitucionalidad de la figura de la amnistía ha sido sustituido por un repentino cambio de opinión. Este quiebro radical, coincidente con los resultados de las últimas elecciones generales celebradas en la citada fecha, no se ha justificado como producto de una reflexión jurídico-política. Lo

relevante ha sido la necesidad de alcanzar un acuerdo entre diversos partidos políticos para obtener el apoyo favorable a la investidura del candidato a la presidencia del Gobierno de la formación política que, el pasado 13 de noviembre de 2023, presentó esta proposición de ley en el registro del Congreso de los Diputados. Se trata de hechos públicos y notorios, admitidos por sus protagonistas en numerosas y reiteradas declaraciones, de sobra conocidas, y a las que nos remitimos. Una proposición que fue considerada como un presupuesto de la garantía del cumplimiento de los acuerdos suscritos. De hecho, la presentación de este texto se produjo antes de la investidura y, por tanto, antes de que el Gobierno se constituyera. Esto determinó que no se elaborara un anteproyecto de ley, con la consiguiente omisión de los informes de los órganos consultivos correspondientes (art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), entre otros, del Consejo Fiscal. Trámite que ahora se suple a solicitud del Senado, no del Gobierno ni del Congreso de los Diputados.

Al margen de la valoración que, desde el punto de vista democrático, pueda merecer el haber sustraído a la opinión de un buen número de electores el cambio esencial de postura en un tema de extraordinaria relevancia política y social para España, este hecho no puede pasar inadvertido ni dejar de tomarse en consideración para valorar jurídicamente, no sólo ya -y desde un planteamiento dogmático-, si cualquier norma aprobatoria de una amnistía es conforme o no a la Constitución, sino también -y descendiendo al detalle del caso concreto de la proposición de ley orgánica presentada-, si esta norma, fundamentada en el argumento expresado, puede, de aprobarse en su día, resultar o no constitucional.

2. Razones para la inconstitucionalidad de una amnistía

2.1 La omisión de la referencia a la amnistía como significación jurídico política de su inconstitucionalidad. El necesario respeto a la legalidad constitucional y al pluralismo político

La ausencia de una prohibición expresa en el texto constitucional o, también y por defecto de lo anterior, la omisión de toda referencia a la amnistía en la CE de 1978, ha llevado a algunos autores a sostener que esta figura, como vertiente o manifestación del derecho de gracia, constituye una prerrogativa especial que la CE reconoce implícitamente al Poder Legislativo, que le habilita para poder dictar una norma con rango de ley orgánica que apruebe su concesión en determinadas circunstancias excepcionales. Aducen, al respecto, que si la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2.CE), y las Cortes Generales representan al pueblo español (art. 66.1 CE), el principio democrático, que inspira el mandato del Parlamento permite que, si una amplia mayoría de esa representación del pueblo español, en este caso una mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en votación final, aúna su voluntad de aprobar la concesión de una amnistía, ésta tendrá la legitimidad democrática del respaldo de la mayoría de la sociedad, representada por sus Diputados y Senadores constituidos en sede parlamentaria.

Ahora bien, este planteamiento debe conjugarse en todo sistema de democracia parlamentaria con dos principios básicos: el de la observancia y debido cumplimiento de la legalidad, en este caso, la legalidad constitucional; y el del respeto al pluralismo político y, por ende, a las minorías parlamentarias, en cuanto valores superiores y principios de nuestro ordenamiento jurídico, como disponen los arts. 1.1 y 9.1 CE.

Comenzando por el segundo de los principios enunciados, analizaremos, seguidamente, el de la necesaria vigencia del principio de pluralismo político y las limitaciones que dicho principio tiene en las democracias parlamentarias.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en todas las ocasiones *“ha puesto de relieve la necesidad de asegurar el adecuado ejercicio de la función de representación política de las minorías parlamentarias en la oposición, pues el respeto a la posición y los derechos de las minorías actúa como elemento*

constitutivo del propio sistema, que legitima su propio funcionamiento. Sin respeto a los derechos de las minorías políticas no hay modo de preservar el pluralismo propio del Estado democrático (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5), propugnado por el art. 1.1 CE como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (STC 115/2019, FJ 3, citando las SSTC 86/1982, de 23 de diciembre; 99/1987, de 11 de junio; 20/1990, de 15 de febrero; 119/1990, de 21 de junio; 217/1992, de 1 de diciembre; 27/2018, de 5 de marzo, y 25/2019, de 25 de febrero)” (ATC 177/2022, de 19 de diciembre, FJ 6).

También, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha destacado que *“el pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan una ‘sociedad democrática’. Aunque deban subordinarse, en ocasiones, los intereses de los individuos a los de un grupo, la democracia no se reconduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría, sino que exige un equilibrio que asegure a los individuos minoritarios un tratamiento justo, que evite todo abuso de una posición dominante”* [(STEDH de 26 de abril de 2016 (asunto *Izzettin Doğan y otros c. Turquía*), § 100; en el mismo sentido las sentencias de 29 de junio de 2007 (asunto *Folgerø y otros c. Noruega*), § 84, y de 13 de agosto de 1981 (asunto *Young, James y Webster c. Reino Unido*), § 63].

Esta doctrina, formulada para asegurar el respeto a las minorías de todo orden, puede ser proyectada en aras a garantizar la posición de las minorías políticas en el seno de las cámaras parlamentarias. Y, como ha declarado el TC (STC 115/2019, de 16 de octubre, FJ 3) *“el respeto a ese equilibrio pasa por el respeto de los procedimientos previstos para la adopción de determinado tipo de decisiones. Así, el pluralismo político, sin el ajuste a límites o cauces que aseguren el respeto de las posiciones de las minorías, al menos el respeto a sus posiciones dialécticas, no es valor suficiente para asegurar, por sí mismo, la pervivencia del Estado democrático. El debate público plural, en sede parlamentaria o fuera de ella, sobre cualquier proyecto político (...)”,* exige la debida observancia de los procedimientos establecidos como *“el cauce a través*

del cual canalizar la expresión plural de las diversas opciones políticas, sabiendo que dichos procedimientos actúan, entre otras cosas, como salvaguarda del derecho de las minorías políticas a que sus voces sean escuchadas en la toma de decisiones”.

Más adelante, la indicada sentencia señala que, en todo caso, *“los procedimientos no son un fin en sí mismo considerado, sino un medio para asegurar la participación tanto de la mayoría como de la oposición, es decir de las minorías parlamentarias, en la toma de decisiones y, por eso, la conexión entre respeto de los procedimientos y garantía del pluralismo político se identifica plenamente con el respeto a la posición de las minorías de oposición democrática”* (Ibidem, FJ 3).

En definitiva, el principio del pluralismo político implica oír a las minorías y respetar los cauces procedimentales a través de los cuáles aquéllas se manifiesten, antes de someter a decisión cualquier actuación parlamentaria. Mucho más si se trata de una iniciativa legislativa surgida del propio Parlamento, vía proposición de ley, que debe permitir a los grupos parlamentarios que no la hayan presentado obtener la necesaria información previa para tomar opinión sobre la existencia y contenido de aquélla, así como suscitar de ese modo el debate parlamentario serio y fundamentado que preceda a la decisión, primero sobre la toma en consideración de la propuesta legislativa, que siga posteriormente con su análisis jurídico-político y proposición de enmiendas, hasta culminar con el debate y votación final sobre el texto.

Junto al anterior principio, cobra especial relevancia, mayor si cabe que el anterior, el principio de legalidad y de lealtad hacia la Constitución de los Poderes y demás Instituciones constituidas al amparo de ésta.

El TC ha proclamado con rotundidad que, *“[e]n el Estado social y democrático de Derecho configurado por la Constitución de 1978 no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda:*

la legitimidad de una actuación o política del poder público consiste básicamente en su conformidad a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Sin conformidad con la Constitución no puede predicarse legitimidad alguna. En una concepción democrática del poder no hay más legitimidad que la fundada en la Constitución” (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 5).

El Alto Tribunal sigue destacando que *“el principio democrático, que constituye un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico reflejado en el art. 1.1 CE (STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 8) y que cuenta con diversas manifestaciones constitucionales [STC 42/2014, FJ 4 a)], no puede concebirse, como principio constitucional, de forma aislada y desvinculada del conjunto del ordenamiento constitucional y sus procesos. (...) [L]a primacía incondicional de la Constitución es garantía de la democracia tanto por su fuente de legitimación y por su contenido como por la previsión misma de procedimientos para su reforma” (Ibidem, FJ 5).*

La CE es la expresión legitimadora derivada del poder constituyente. Añade el Tribunal: *“El pueblo soberano, concebido como la unidad ideal de imputación del poder constituyente, ratificó en referéndum el texto acordado previamente por sus representantes políticos. La primacía incondicional de la Constitución también protege el principio democrático, ‘pues la garantía de la integridad de la Constitución ha de ser vista, a su vez, como preservación del respeto debido a la voluntad popular, en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política’ [STC42/2014, FJ 4 c)]. Por ello, es misión de este Tribunal velar por que se mantenga la primacía incondicional de la Constitución, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente” (Ibidem, FJ 3).* Conviene recordar en este punto que, en fecha 6 de diciembre de 1978, la ciudadanía española ratificó con abrumadora mayoría (87’78% de votantes y participación del 67’11% del censo) el proyecto de CE, posteriormente sancionada y promulgada por el Rey Don Juan Carlos I el 27 de diciembre de 1978.

Por tanto, los poderes y demás instituciones públicas están sujetas a la CE, como establece expresamente su art. 9.1, que es la que constituye la fuente de legitimación de la existencia y de las atribuciones de que están dotados aquéllos. Se alega por algún sector doctrinal que el silencio en la CE de toda mención expresa a la amnistía, permitiría deducir que este instituto, en tanto no ha sido expresamente prohibido por el constituyente, puede estar permitido por la CE, de tal modo que debe aceptarse la constitucionalidad de la amnistía como vertiente del derecho de gracia, ya que el texto constitucional únicamente hace referencia a la prohibición expresa de los indultos generales [art. 62 i) CE], pero no de los particulares y de la amnistía. Sin embargo, esta tesis entra en franca contradicción con el concepto de CE, en cuanto fuente legitimadora de la existencia y atribuciones de los poderes públicos. Dos argumentos pueden bastar para rechazar ese planteamiento:

a) De una parte, el proceso constituyente reflejó la voluntad de excluir toda referencia a la amnistía en el texto constitucional finalmente aprobado. En este sentido, fueron presentadas dos enmiendas al texto de la ponencia:

(i) La primera de ellas, la Enmienda núm. 504 al entonces art. 58.1 del Proyecto, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto y, en su nombre, por el diputado don Raúl Morodo Leoncio, su portavoz, que proponía sustituir el texto inicial de este apartado, que pasaría a ser el apartado 2, y disponer, respecto del apartado 1, el siguiente texto: *“Las Cortes Generales, que representarán al pueblo español, ejercen la potestad legislativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el título VIII, otorgan amnistías, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución”*. En el Informe Final de la Ponencia constitucional (Boletín Oficial de las Cortes núm. 82, del 17 de abril de 1978) el inicial art. 58 se convierte más tarde en el art. 61.1, encuadrado dentro del Título IV (De las Cortes Generales), Capítulo I, y se acoge el texto propuesto por la enmienda núm. 504, si bien se suprime toda referencia a la amnistía. El texto final del Informe de la Ponencia era el siguiente: *“Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los*

Diputados y el Senado” [este texto se recoge en el vigente art. 66.1 de la CE]. Por su parte, el apartado 2 de aquel art. 61 quedó redactado en el Informe de la Ponencia con el siguiente texto: *“Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución”* [este texto se corresponde con el vigente art. 66.2 de la CE]. La prohibición de los indultos generales se incluyó en el nuevo art. 57. i) del Informe de la Ponencia, entre las prerrogativas del Rey [vigente art. 62 i) CE].

(ii) La segunda de las enmiendas fue la núm. 744 presentada por don César Llorens Bargés, en representación del grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático (UCD) y que, dentro del Título correspondiente a la Administración de Justicia (Título VIII del Proyecto), proponía una nueva redacción del art. 109 del Proyecto: *“Se prohíben los indultos generales. Los individuales serán concedidos por el Rey, previo informe del Tribunal Supremo y del Fiscal del Reino, en los casos y por el procedimiento que las leyes establezcan. Las amnistías solo podrán ser acordadas por el Parlamento”*.

Preveía, pues, la posibilidad de conceder amnistías por el Parlamento, si bien justificaba la introducción de la enmienda con la finalidad de contrarrestar la afirmada proliferación de indultos que se habían otorgado durante la dictadura franquista, por lo que era necesario establecer unos límites con objeto de que no constituyeran *“una quiebra en la Administración de Justicia de imprevisibles consecuencias para la ejemplaridad, seguridad jurídica, intereses afectados y el propio sentir de los condenados dentro de la sociedad española”*.

El Informe de la Ponencia aceptó incluir la prohibición de los indultos generales, pero haciéndolo en el art. 57. i) del Proyecto, dentro de las prerrogativas del Rey [vigente art. 62 i) CE], al *“regular esta materia junto con el derecho de gracia”*. Ofreció, al respecto, la siguiente redacción correspondiente al art. 109: *“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*. El Informe de la

Ponencia decidió excluir la referencia a la amnistía sin aportar razonamiento alguno.

Por último, las Actas de las sesiones de la Comisión Constitucional recogen en la minuta correspondiente a la sesión del día 3 de noviembre de 1978, en su apartado 4º, el siguiente texto: “4º. *Por lo que se refiere a la materia de la amnistía, se acuerda no constitucionalizar este tema*”. Tal decisión explica que la CE no hiciera mención alguna a la amnistía en el texto constitucional.

b) De otro lado y, a la vista de lo anterior, es necesario plantearse cómo ha de interpretarse esta intencionada omisión constitucional de toda referencia expresa a la amnistía.

En opinión de este Consejo, frente a la tesis de que si no está prohibida estaría permitida, debe entenderse que la omisión deliberada de la referencia a la amnistía en el texto constitucional no puede conllevar esta conclusión, que nos parece demasiado simple y sin fundamento jurídico sólido.

En el ámbito del Derecho Constitucional, a diferencia de las relaciones entre particulares, “*el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas (...) el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) [en cambio] impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal*” (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3).

Cierto es que, tratándose de una amnistía aprobada por una ley orgánica emanada del Poder Legislativo, no estaríamos hablando del principio de sujeción de la Administración a la Ley, típico del Derecho Administrativo y, por tanto, sujeto al control jurisdiccional.

Sin embargo, este principio general de sumisión al ordenamiento jurídico no sólo obliga a la Administración, en cuanto vertiente de actuación del Poder Ejecutivo, sino que vincula también a todos los Poderes del Estado, en cuanto Poderes constituidos, que tienen su origen de legitimidad democrática en la propia CE, que es la que habilita y autoriza el ejercicio de todas las atribuciones y funciones que el constituyente quiso que tuvieran aquellos Poderes. Es la CE y el resto del ordenamiento jurídico los que diseñan el marco en que han de desenvolverse los ciudadanos y los Poderes públicos y a cuyas prescripciones están sujetos (art. 9.1 CE). El TC dijo, al respecto, que *“las Cortes Generales, como titulares «de la potestad legislativa del Estado» (art. 66.2 de la Constitución), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél”* (STC 76/1983, de 25 de agosto, FJ 4).

El Poder Legislativo, como cualquier otro Poder constituido al amparo de la legitimidad constitucional, está, pues, sometido a la CE en el ejercicio de las atribuciones y funciones que aquélla le autorice. Está, por tanto, sujeto a la propia norma constitucional, de tal manera que no podrá ejercer su función genuina, la legislativa, como tal poder público que es, cuando no tenga la consiguiente habilitación constitucional para aprobar leyes o normas con rango de ley que

carezcan de aquella habilitación para la cuestión concreta sobre la que se pretenda legislar.

La regla "*quae non sunt permissa prohibita intelliguntur*" (lo que no está permitido, se entiende prohibido), que recoge el principio de vinculación positiva que rige en nuestro ordenamiento jurídico las relaciones entre el poder público y el Derecho, no permiten a cualquiera de los Poderes del Estado, incluido el Legislativo, extenderse a aquellos ámbitos para los que no tiene habilitación constitucional. Y ésta, en relación con la amnistía, no se presume implícita, ni ha sido autorizada por la CE. Hemos visto que el constituyente, hasta en dos ocasiones, rechazó las enmiendas que proponían la inclusión de la amnistía como una potestad atribuida al Parlamento.

Cuando el Informe de la Ponencia Constitucional se manifestó por "*no constitucionalizar la amnistía*", como así refleja el Acta de la sesión del día 3 de noviembre de 1978 -ya citada-, es porque la misma quedó excluida de la habilitación constitucional. De haber decidido que aquélla, como potestad excepcional del Parlamento, hubiera quedado incluida dentro del texto constitucional, habría bastado con aceptar cualquiera de las dos o ambas enmiendas propuestas. Si no lo hizo así y las enmiendas no fueron acogidas y expresamente fueron excluidas del texto de la ponencia constitucional y, finalmente, de la Constitución aprobada, es porque intencionalmente se quiso que la amnistía quedara fuera de cualquier posibilidad de habilitación constitucional.

Hay que tener en cuenta que la amnistía, al igual que el indulto, son manifestaciones del derecho de gracia, si bien tienen una naturaleza, contenidos y efectos jurídicos muy diferentes, como también lo son los Poderes del Estado que, en su caso, puedan tenerla atribuida. Sí poseen en común su excepcionalidad con relación a los principios de igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos y de separación de poderes, dado que ambas inciden en el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que, en un Estado de Derecho, corresponde

exclusivamente a los Jueces y Tribunales, como nuestra CE, en ambos casos, así reconoce y dispone (arts. 14 y 117.3 CE). Por tanto, si se trata de prerrogativas excepcionales, su ejercicio y su aplicación únicamente pueden derivarse de la existencia de una previsión normativa, en ambos casos de naturaleza constitucional, como lo son también los derechos y prerrogativas reconocidos en los citados arts. 14 y 117.3 CE. Por ese motivo se puede llegar a la conclusión de que la CE no ampara la aprobación de una amnistía, pero sí la concesión de un indulto ya que, mediante una simple deducción lógica, se puede afirmar que si los indultos generales son prohibidos por la CE [art. 62 i) CE], *a sensu contrario*, los indultos particulares disponen de habilitación constitucional, cuyo ejercicio y aplicación ha de hacerse conforme a una Ley, en este caso la Ley de Indulto.

A todo este razonamiento y a la conclusión a la que acabamos de llegar podría objetarse la tesis de que el citado art. 62. i) CE dispone que corresponde al Rey “[e]jercer el derecho de gracia con arreglo a la ley”, de tal manera que si una ley, orgánica en este caso, es la que permite ese ejercicio, la CE no impediría la posibilidad de que, mediante ley orgánica específica, fuera aprobada la amnistía. Habría, pues, la habilitación constitucional que se ha exigido en párrafos anteriores. Se trataría de una habilitación genérica que, como en tantas otras ocasiones, permitiría al legislador configurar el derecho de gracia y, por tanto, la doble vertiente de este para regularlo y desarrollarlo. En definitiva, podría sostenerse que el derecho de gracia vendría a tener una configuración legal, dejando, pues, en manos del Poder Legislativo la posibilidad de disponer, mediante ley, el establecimiento, tanto de la amnistía como del indulto.

Para este Consejo, una interpretación como esa contraviene frontalmente lo que el constituyente pretendió al regular el derecho de gracia. De una parte, la realidad de los trabajos parlamentarios previos a la aprobación de la CE, expuestos anteriormente y que ahora reiteramos, colisionan frontalmente con aquel razonamiento. Pero es que, además, como luego veremos, si hemos de entender que la amnistía, en cuanto vertiente del derecho de gracia, constituye

una excepción a los principios de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos e incide, además, en la labor propia de otro Poder del Estado como es el Poder Judicial, es la CE, en cuanto norma que legitima en el Estado de Derecho la creación, funcionamiento y atribuciones de los Poderes y demás instituciones del Estado, la única que puede autorizar esa excepcionalidad. El Legislador, de aprobar una ley de amnistía, estará delimitando el ámbito subjetivo y objetivo de la persecución penal o de cualquier otra naturaleza en determinados casos, e impedirá a los jueces y tribunales aplicarles a los beneficiarios la ley penal o sancionadora previamente establecida para todos, y esto solo puede hacerlo, hemos de insistir, si dispone de la necesaria cobertura constitucional para llevarlo a efecto. Si una Ley de amnistía, de resultar aprobada por el Parlamento, invade el ámbito propio de atribuciones de otro Poder del Estado, en este caso del Poder Judicial, deberá fundamentarse en el presupuesto habilitante que le reconozca la CE.

Esta posibilidad de inmiscuirse un Poder constituido en la potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que corresponde a otro Poder del Estado, constituye una excepción especialmente relevante y decisiva en el principio de separación de poderes. Por esta razón, únicamente la CE, de manera clara, expresa y específica puede autorizar semejante excepcionalidad, porque la CE es la única garante del Estado de Derecho y de la separación de poderes en un sistema democrático. El constituyente de 1978 rechazó las enmiendas que proponían su inclusión expresa y, además, dejó constancia de no querer constitucionalizarla. Por tanto, cualquier iniciativa del Poder legislativo que vaya encaminada a su previsión y regulación contraviene frontalmente la CE, porque carece de soporte normativo expreso para poder aprobarla.

Esta es la gran diferencia que existe entre el marco que ofrece la CE de 1978 y los que hayan podido o puedan contemplar otras Constituciones de nuestro Derecho Histórico (como las Constituciones de 1869 o de 1931) o las extranjeras dentro del entorno de la UE, que se invocan, como criterio de ciencia para afirmar su reconocimiento, también y aunque sea implícito, en el ordenamiento jurídico

español. Aunque en otros apartados de este informe se hará una referencia más detallada de las enormes diferencias que se pueden apreciar entre unos y otro ordenamiento, es necesario apuntar ya que la alusión a los ordenamientos constitucionales, histórico español o de otros Estados miembros de la UE, no pueden erigirse en criterio determinante de una toma de posición a favor o en contra de la constitucionalidad de la amnistía, porque las realidades sociales, políticas, culturales y, sobre todo, jurídicas en cuyo marco aquellos textos constitucionales fueron aprobados en su momento, son muy distintas de las que rodean al texto constitucional de 1978.

2.2 Una amnistía supone la quiebra del principio de separación de poderes como elemento estructural del Estado de Derecho

a) El principio de separación de poderes constituye un pilar fundamental del Estado de Derecho. Así lo ha entendido el TC, que ha puesto de manifiesto que *“la separación de poderes es un principio esencial de nuestro constitucionalismo. La idea de que el poder público debe estar dividido en varias funciones, confiadas a autoridades distintas y separadas unas de otras, se encuentra en la raíz del constitucionalismo moderno y en el origen de nuestra tradición constitucional”* (STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 5). Continúa señalando el Tribunal que *“el principio de división y separación de poderes es consustancial al Estado social y democrático de Derecho que hemos formado los españoles mediante la Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), pues se trata de un principio político y jurídico que impregna la estructura de todos los Estados democráticos”* (ibídem, FJ 5).

Y aunque la CE de 1978 no enuncia expresamente este principio, sí que ha delimitado el ámbito de atribuciones de cada uno de ellos. Así, por lo que respecta al Poder Judicial, el art. 117.3 CE dispone con rotundidad que *“[e]l ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes”*. Y el art. 118 impone la obligación general

de “cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y tribunales”.

En su labor de interpretar la CE, también ha declarado el Alto Tribunal que el Título VI, bajo esta misma rúbrica “*Del Poder Judicial*” (arts. 117 a 127) “*regula un poder del Estado al que identifica con el ejercicio de la potestad o función jurisdiccional, concebida en sentido estricto como aquella actividad estatal destinada a pronunciar derecho de forma irrevocable y cuyo ejercicio corresponde únicamente a los órganos judiciales. El Poder Judicial lo ejercen los tribunales y los juzgados en su actividad de juzgar y hacer cumplir lo juzgado y, por esta razón, desde una perspectiva orgánica se conceptúan a aquel Poder como el conjunto de órganos dotados de jurisdicción (art. 117 CE)*” (STC 85/2018, de 19 de julio, FJ 5).

Además, continúa destacando la precitada sentencia que esa “*potestad, y la consiguiente reserva constitucional, se define y ejerce siempre en atención a los fines que son propios a cada orden jurisdiccional, que, por lo que al penal importa, no es otro que el ejercicio del ius puniendi del Estado, cuando proceda, mediante la institución del proceso y en el respeto, desde luego, al conjunto de derechos y garantías constitucionales (en especial, los establecidos en los artículos 24 y 25 CE). Los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de las infracciones penales y ejercer la potestad punitiva estatal. En este sentido, los juzgados y los tribunales del orden jurisdiccional penal tienen atribuido el conocimiento de las causas y de los juicios criminales, con excepción de los que corresponden a la jurisdicción militar (arts. 9.3 y 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), lo que plasma la competencia exclusiva de este orden jurisdiccional en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal. Esta competencia se desarrolla en el tiempo desde la instrucción de las primeras diligencias [arts. 12 y sig. de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim)] hasta la fase de ejecución de la sentencia (arts. 983 a 999 LECrim). Tratándose de infracciones penales, la capacidad para investigarlas a partir del momento en que aparecen indicios de*

que se ha producido un hecho delictivo corresponde, por tanto, a la autoridad judicial y, en su caso, al Ministerio Fiscal (art. 124 CE) auxiliados por la policía judicial en sus funciones de indagación del delito bajo la dependencia de jueces, tribunales y el Ministerio Fiscal (art. 126 CE)”.

De este extenso enunciado de doctrina constitucional pueden extraerse, en apretada síntesis, una serie de criterios básicos sobre la configuración constitucional del Poder Judicial en nuestro ordenamiento jurídico:

i) El Poder Judicial, integrado por jueces y magistrados, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) tiene atribuida en exclusividad la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, interpretando y aplicando la Ley, sin que ningún otro poder o institución pueda entrometerse o incidir de alguna manera en aquella y en las actuaciones que realice.

ii) Esta exclusividad judicial se extiende a todas las jurisdicciones, entre ellas, lógicamente, la penal.

iii) Esta potestad abarca desde la facultad para iniciar procesos hasta la ejecución de las resoluciones firmes pronunciadas por los Juzgados y Tribunales, que deben ser cumplidas por todos (art. 118 CE).

b) Constante el principio constitucional de separación de poderes y así delimitado el ámbito de atribuciones exclusivo del Poder Judicial, la aprobación por ley de una amnistía supone una intromisión en la esfera propia de aquel Poder por parte del Poder Legislativo.

La amnistía constituye una operación jurídica encaminada a eliminar todas las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de una normativa anterior, esencialmente penal y administrativa sancionadora, aunque puede extenderse a otras ramas del ordenamiento jurídico, preexistente pero aprobada al amparo de

la vigente CE de 1978 y dotada de los atributos de legitimidad que le confiere su aprobación por unas Cortes Generales democráticas.

La aplicación de la amnistía, pues, y en términos acuñados por el propio TC, *“supondrá lo que se ha llamado por la doctrina ‘derogación retroactiva de normas’, haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado, con todas sus secuelas, con lo que puede decirse que el derecho revive con carácter retroactivo”* (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2). Es decir, la amnistía conlleva que deje de aplicarse a determinadas personas, partícipes o presuntamente partícipes, de unos hechos penal o sancionadoramente típicos una ley preexistente y democrática cuando concurren los factores, elementos o circunstancias previstas en la propia ley aprobatoria de este beneficio excepcional y, además, de carácter retroactivo.

Pero, también, conlleva la eliminación, con carácter igualmente retroactivo, de todas aquellas consecuencias perjudiciales para los derechos y libertades de los amnistiados, cuando sentencias o resoluciones judiciales firmes así lo hayan declarado, dejando, por tanto, de cumplirse las penas o sanciones que, en su caso, hayan podido ser impuestas. Sin embargo, la ley penal o sancionadora que, en su momento, haya sido o sea susceptible de ser aplicada por los Tribunales, sigue vigente para todas las demás personas que no se entiendan incluidas o beneficiadas por aquel factor, elemento o circunstancia identificativos que, en este sentido, se convierten en discriminatorios, por lo que éstas últimas no podrán verse beneficiadas de los efectos de aquéllas, como luego veremos.

c) La amnistía, pues, constituye un instrumento de injerencia del Poder Legislativo en la actuación propia y exclusiva del Poder Judicial. Si la CE constituye la fuente de legitimación de los tres Poderes del Estado y la que, además, delimita el ámbito de atribuciones propio de cada uno de aquéllos, cualquier intromisión de los otros dos Poderes en la labor genuina y exclusiva del Poder Judicial, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, tiene que venir expresamente reconocida por la CE. Un Poder, en este caso el Legislativo, no

puede hacer uso de su potestad de iniciativa legislativa, prevista en el art. 66.2 CE, para introducir un factor de excepcionalidad en la aplicación de las leyes que haya previamente aprobado, si la propia CE no se lo ha reconocido expresamente.

Por las razones que hemos esgrimido anteriormente, la CE no sólo no reconoce expresamente la figura de la amnistía, ni como manifestación del derecho de gracia, ni tampoco como potestad especialmente atribuida a las Cortes Generales, por lo que la mera aprobación de un texto legislativo de esta naturaleza por el Parlamento, al margen de toda previsión constitucional que le reconozca aquella potestad, será manifiestamente inconstitucional. Pero es que, además, el diagnóstico de inconstitucionalidad de una iniciativa legislativa de esta naturaleza y relevancia se ve acentuada aún más si la decisión de amnistiar a determinadas personas no obedece a un ideal de “*Justicia*”, sino a una razón de confesada necesidad coyuntural para hacer realidad una investidura gubernamental.

A lo expuesto habría que añadir que tampoco concurre aquí el factor de falta de legitimidad democrática de las leyes de la dictadura, que justificó la aprobación de la amnistía preconstitucional de 1977. Las mismas leyes penales y sancionadoras por las que han sido incriminadas las personas que puedan beneficiarse de la amnistía, han seguido, siguen y seguirán aplicándose después de la amnistía a otras personas que no puedan cobijarse bajo el paraguas protector de los factores, elementos o circunstancias exigidas por la iniciativa legislativa para ver eliminadas sus responsabilidades.

En estas circunstancias, la amnistía implica una intromisión ilegítima e inconstitucional del Poder Legislativo en el conjunto de atribuciones propio y exclusivo del Poder Judicial. Contraviene, pues, de modo frontal, el art. 117.3 CE y, por ende, el principio de división de poderes, piedra angular de toda la arquitectura constitucional del Estado de Derecho.

2.3 Una amnistía vulnera el principio/derecho de igualdad ante la Ley

La afirmada negación de que la amnistía tenga un fundamento directo en la CE de 1978 y de que, además, resulte insostenible la tesis de que la regulación constitucional del derecho de gracia [art. 62 i) CE] tiene una configuración legal, por las razones expuestas, deja huérfano de todo apoyo a cualquier iniciativa legislativa que pretenda, a través de la amnistía, no solo establecer una excepcionalidad al principio de separación de poderes, sino también, y muy especialmente, al principio constitucional de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, que es uno de los pilares básicos, junto con otros, del Estado de Derecho.

a) De modo general, el principio de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación.

Además, esta cláusula general de igualdad ante la ley exige también la razonabilidad de la diferencia aplicativa de trato. Este principio general de igualdad ha sido configurado por una reiterada doctrina constitucional [por todas, la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4 a)] como *“un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”*.

Una normativa sobre la amnistía, que afecte, primordialmente, al ámbito del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador, pero, también, a todo lo que suponga contraer obligaciones y responsabilidades con el Estado y con los ciudadanos particulares (responsabilidad contable o civil), se configura conceptualmente como un régimen excepcional al principio de igualdad ante la Ley. Por disposición de la ley determinados ciudadanos resultan exceptuados de toda clase de cargas o de responsabilidades para con el Estado y con los demás ciudadanos, simplemente por la concurrencia en ellos de un determinado factor, elemento o circunstancia que les permita salir indemnes de unas consecuencias jurídicas perjudiciales que, de no darse aquel factor, elemento o circunstancia, les vincularía responsablemente (en las vías penal, civil, administrativa o contable) con el Estado y con los demás ciudadanos, por su participación en unos determinados hechos tipificados como delitos o infracciones de cualquier otra naturaleza. En este caso, además, ese factor diferenciador se identifica con un móvil ideológico de la conducta, como luego veremos. De manera que la aplicación futura de la norma incidirá en una libertad fundamental reconocida en el art. 16 CE, que reconoce no solo la libertad ideológica (art. 16.1 CE) sino también el derecho a no declarar sobre la ideología (art. 16.2 CE). La PLOA se configura, por tanto, como un instrumento esencialmente discriminatorio, porque clasifica a los ciudadanos entre los protegidos por un derecho fundamental al actuar por una motivación política frente a los que tienen otro pensamiento que, por otro lado, no tienen por qué revelar.

Por todo ello, y con independencia de que el instituto de la amnistía disponga de habilitación constitucional o no, ese régimen jurídico tiene que hallar un fundamento de justicia que, racionalmente, justifique el trato excepcional que conlleva aquella normativa beneficiosa y privilegiada.

b) Aun cuando se aluda más adelante al hipotético tratamiento doctrinal que el TC ha deparado al instituto de la amnistía, bueno es adelantar ya determinadas reflexiones que, *obiter dicta*, destacó el propio Tribunal en algunas de sus resoluciones, siempre referidas a una normativa preconstitucional que fue

aprobada durante la transición del régimen dictatorial anterior al actual democrático.

El Alto Tribunal, en referencia a aquella normativa preconstitucional (Ley 46/1977, de 15 de octubre), puso de manifiesto, precisamente, que *“la amnistía (...) es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983, de 20 de julio, FJ 2), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa -en sentido amplio- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común”* (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2).

En consecuencia, el Tribunal vino a destacar dos factores determinantes de aquellos beneficios y privilegios excepcionales concedidos por la amnistía aprobada en aquellos momentos de la historia de España:

(i) De una parte, el *“ideal de justicia”*, entendida como aquel principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece. En definitiva, conforme a este soporte argumental, se atendería al objetivo de restablecer en sus derechos a unas personas que, de forma ilícita o injusta, fueron privados de aquellos, en todo o en parte. La justicia, proclamada como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE), conectada a la equidad, que implica el trato individual, diferentemente adaptado de la norma abstracta a las circunstancias que se aprecie concurren en el caso concreto, son los dos únicos valores que darían soporte argumental a aquel ejercicio del derecho de gracia.

(ii) De otro lado, junto al valor justicia y a la equidad como criterio de su aplicación, el TC también puso de relieve un segundo elemento condicionante para la concesión de la amnistía. En este sentido, señaló que cualquier operación

que conlleve su aprobación debe obedecer al surgimiento de “*principios inspiradores de un nuevo orden jurídico*”, es decir, a un cambio de régimen jurídico que comporte la necesidad de dejar atrás aquellas situaciones ilegítimas que perjudicaron injustamente a muchos ciudadanos y que, conforme al nuevo sistema de valores propiciado por el nuevo régimen, deban ser reparadas y extinguidos sus efectos. En una sociedad moderna, que aspire a consagrar los valores propios de un Estado de Derecho, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1. CE), únicamente pueden ser alcanzados en su plena validez y eficacia cuando se generen los instrumentos jurídicos necesarios para restablecer la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos en sus derechos.

Y a esta situación solo se puede llegar cuando se opere la transición de un régimen dictatorial a otro democrático, diseñando un conjunto de medidas normativas que asienten los valores propios del Estado de Derecho al que nos hemos referido anteriormente. Además, la propia situación política y jurídica de transitoriedad conlleva la exigencia de aprobar aquellas otras medidas complementarias que permitan el pleno restablecimiento de la igualdad entre todos los ciudadanos. Una de estas medidas es, precisamente, la amnistía que, aprobada en aquel contexto de transición, colma las aspiraciones de justicia de todos y restablece en sus derechos a los que, injusta e ilícitamente, los perdieron. Tal circunstancia así se dio en la transición española, previa a la aprobación de la CE y, por ello, el TC así lo reconoció.

c) Pues bien, a partir de todas estas consideraciones, se entiende que un Estado con un régimen democrático, en el que prime el Estado de Derecho, y cuya Constitución así prevea de modo expreso la concesión de amnistías, bien como vertiente especial del derecho de gracia, bien como potestad singularmente atribuida al Poder Legislativo por su Constitución correspondiente, no podrá tolerar la aprobación y aplicación de aquélla cuando no concurren esos dos elementos determinantes, que acabamos de analizar, esto es, la necesidad de realizar y de hacer efectivo el valor justicia y la existencia de un contexto de transición política y social, generadora de nuevos principios, que justifiquen el

restablecimiento en sus derechos de ciudadanos injustamente privados de los mismos, conforme al sistema anterior.

Cualquiera otra situación en la que no concurren estos dos elementos no podrá justificar la aprobación de una amnistía porque, de hacerlo, estará socavando los valores propios del Estado de Derecho, de modo particular, la igualdad y la libertad de los ciudadanos. Si la amnistía obedece a una pura razón de necesidad o de conveniencia política que, de modo coyuntural, pueda beneficiar a determinados ciudadanos por el mero hecho de alcanzarse un acuerdo político (en este caso, para una investidura), la amnistía así concedida contraviene claramente el principio de igualdad ante la Ley.

Además, el segundo de los elementos determinantes de la concesión de la amnistía requiere un contexto político-social de transición de un régimen dictatorial o autocrático a otro democrático, en el que impere el Estado de Derecho, no tanto porque este último representa el respeto a los valores de justicia, igualdad, libertad y pluralismo político, sino también porque la actuación de los poderes e instituciones públicas está respaldada por la legitimidad que da el propio régimen democrático. Las leyes y demás disposiciones del ordenamiento jurídico vienen respaldadas por la legitimidad democrática que proporciona un Poder Legislativo y un Poder Ejecutivo cuya fuente de legitimación es, de una parte, la Constitución, en cuanto norma suprema votada en referéndum por los ciudadanos y, por otro lado, porque aquéllos se constituyen sobre el fundamento del voto democrático de los ciudadanos. El primero, por medio de los parlamentarios elegidos en procesos electorales libres, y el segundo, por ser conferida la confianza al candidato a Presidente del Gobierno por el Parlamento, cuando se trata de un régimen de democracia parlamentaria como es el español.

Por el contrario, en un régimen autocrático o dictatorial, las leyes y demás disposiciones que se aprueben en su seno carecen de la legitimidad democrática que caracteriza el Estado de Derecho pues, aunque aquéllas hayan sido

aprobadas en sede parlamentaria, sus miembros no han sido seleccionados por la voluntad popular en elecciones libres y en régimen de igualdad. Precisamente, esta carencia de legitimidad democrática de las leyes, especialmente de las leyes penales y sancionadoras, es lo que justifica la eventual concesión de una amnistía posterior, porque el borrado de toda responsabilidad causada por la aplicación de unas leyes o normas que no tenían aquella legitimidad democrática es lo que trata de restaurar y restablecer en su integridad una amnistía, devolviendo la validez y eficacia de sus derechos y libertades a las personas que las padecieron injustamente. Se busca, pues, la reparación de aplicaciones injustas de normas no legítimas y la restauración en sus derechos de quienes fueron sometidos a procesos o expedientes administrativos injustos.

Pues bien, este segundo elemento no se da cuando la amnistía pretende concederse en un contexto político-jurídico que no está viviendo la transición de un régimen dictatorial o autocrático a otro democrático, sino que su ámbito temporal y espacial es el mismo que el que existía con anterioridad a la concesión de aquella, y las normas que se han aplicado a los procesos o expedientes administrativos afectados por la concesión de la amnistía son y siguen siendo las mismas, antes y después de su concesión, aprobadas en su momento por un Parlamento que gozaba de la misma legitimidad democrática que la que después pretenda adoptar una iniciativa de la envergadura que se pretende. La amnistía obedecerá a otras razones de conveniencia y oportunidad política, pero no se ajustarán a los principios y valores que entraña la progresión a un régimen democrático y a la legitimidad que esta entraña.

La consecuencia jurídico-constitucional que se derivará de la aprobación de una amnistía que no cumpla con el valor justicia y que, además, incida sobre procesos o expedientes administrativos en tramitación o ya finalizados, incoados en aplicación de normas legales aprobadas por las Cortes Generales durante la vigencia democrática de la CE de 1978, será la de incurrir en contradicción con el principio de igualdad ante la Ley reconocido en el art. 14 CE. La amnistía así concebida, esto es, la que produzca la eliminación de cualquier vestigio de

responsabilidad penal, administrativa, contable, patrimonial o civil, por la presunta o ya declarada comisión de delitos o de infracciones sancionadoras previstas en leyes penales o administrativas, proporcionará una situación privilegiada de beneficio injusto a favor de determinadas personas que, bien incurso, bien ya condenadas por sentencia judicial firme, declaradas en este caso como culpables de delitos o de otro tipo de sanciones, les otorgará, sin ningún fundamento de justicia, una posición de discriminación favorable respecto del resto de ciudadanos que, por la misma comisión de aquellos delitos o infracciones, deberán soportar la responsabilidad correspondiente, derivada de los hechos que realicen.

La vulneración, pues, del principio de igualdad ante la Ley conlleva, además, la violación de uno de los valores superiores del Ordenamiento Constitucional español, concretamente, del valor igualdad (art. 1.1. CE). Socava, en consecuencia, uno de los pilares básicos del Estado de Derecho sobre los que se asienta nuestro sistema democrático.

2.4 Una amnistía supone el incumplimiento de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

a) Sobre la vulneración del principio de seguridad jurídica

El TC (por todas, la STC 168/2023, de 22 de noviembre, FJ 6) ha proclamado con reiteración que este principio, recogido en el art. 9.3 CE, “*ha de entenderse como ‘la certeza sobre la regulación jurídica aplicable’, (...) así como ‘la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho’ (...). Estas exigencias (...) son consustanciales al Estado de Derecho y [...] por lo mismo, han de ser escrupulosamente respetadas por las actuaciones de los poderes públicos, incluido el propio legislador. Es más, sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre. Es la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas, de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por*

los tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico”.

Junto a este principio, pero como su corolario, hemos de hacer referencia, también, al *“principio de confianza legítima”*, entendido como la consideración de los ciudadanos que ajustan su conducta a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. De modo particular, los que tienen que ver con el ámbito general de la economía y, de modo especial, respecto de los tributos, que es al que habitualmente se ha referido el TC, pero que se entiende también aplicable a la amnistía en cuanto a su carácter excepcional y, en el presente caso, a su total imprevisibilidad antes de que fuera anunciada la iniciativa legislativa actualmente en tramitación [véase, a este respecto, la STC 42/2022, de 21 de marzo, FJ 3 B) y la referencia expresa que se hace a cualquier ámbito normativo, con cita de otras sentencias del Alto Tribunal].

El TC pone de relieve que *“la pretendida lesión de la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso”* [por todas, la STC 51/2018, de 10 de mayo, FJ 5 b)], debiendo ponderarse las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto, como son la finalidad de la medida, el grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa y cualitativa y otros factores similares.

La STC 147/1986 (FJ 3) contiene una referencia al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que, sin embargo, no aparece resaltada en la EM de la PLOA. Y es que, para el Tribunal, *“[a]unque no proceda ahora detenerse a analizar la viabilidad constitucional de la amnistía en las relaciones privadas, es claro que una institución de este género afecta a la seguridad jurídica, principio consagrado en el art. 9.3 de la C.E. Ello sucede porque la amnistía que se concede altera situaciones que han sido consagradas por sentencias judiciales firmes, provistas del valor de cosa juzgada (art. 118 de la C.E.), y esta alteración de las reglas de sucesión de los ordenamientos puede afectar evidentemente al principio citado,*

entendido como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes (...)". El Tribunal considera que, para resolver el caso concreto, es necesario ponderar los límites o, más bien, la razonabilidad de los límites que han sido impuestos a la seguridad jurídica en aras de la prevalencia de la justicia material (FJ 3). Y, en tal sentido, asegura que la declaración de imprescriptibilidad de unas acciones que ya habían prescrito, consolidando así situaciones jurídicas, y cuya admisión pudieran generar efectos onerosos para los empleadores que se limitaron a aplicar la ley vigente en su día, pudiera entenderse como poco razonable (FJ 4). Para concluir señalando que "[s]i la amnistía es siempre una institución excepcional, que en parte desconoce las reglas usuales de evolución del ordenamiento jurídico, la declaración como imprescriptibles de aquellas acciones que nacían de ella y que ya habían prescrito es una nueva excepción que se añade a la anterior, comprimiendo aún más el principio de seguridad jurídica. Como tal productora de efectos excepcionales ha de ser valorada cuando carguen sus consecuencias sobre la esfera de libertad que garantiza a todos los ciudadanos la Constitución. Si podía ser razonable, y aun deseable, la amnistía, y se concedió un período de tiempo para que los interesados se beneficiaran de ella, una vez que ese tiempo transcurrió, cesó el estado de pendencia, de provisionalidad de la situación originaria; reanudando la provisionalidad mediante la Ley 1/1984 y, exceptuando totalmente su limitación temporal, puede decirse que la excepción se ha convertido en regla general, y que el principio de seguridad jurídica -perpetuamente comprimido- ya es ignorado" (FJ 5). De esta forma, el Tribunal parte de la base de que una amnistía afecta siempre al principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE y, en ese caso concreto, rechaza que la afectación de ese principio se pretenda mantener de manera indefinida, a través de una norma post constitucional.

Una interpretación cabal de estos criterios jurisprudenciales conduce a entender que la amnistía del año 1977, si bien fue adoptada por motivos excepcionales y en un contexto de cambio de régimen político, basada en el principio de Justicia,

no puede ser aplicada de forma discriminatoria y, en todo caso, supone una quiebra del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que no tiene sentido mantener (ni, por lo tanto, acordar *ex novo* como ahora se pretende) en un contexto de vigencia de un Estado social y democrático de Derecho.

Pues bien, la doctrina general sobre el principio de seguridad jurídica no es posible referirla en abstracto a la amnistía sin apoyarla en un supuesto concreto en que pueda materializarse esta vertiente del derecho de gracia. Tal y como hemos anticipado, la eventual lesión de este principio “*solo puede resolverse caso por caso*”, de tal manera que, con independencia de que, *in genere*, cualquier modalidad de amnistía deba reputarse como contraria a la CE de 1978, por las razones anteriormente apuntadas, el análisis de la posible contradicción de ésta con el principio de seguridad jurídica pasa necesariamente por un estudio del contenido de la PLOA.

En este sentido, limitaremos ahora nuestro examen a los aspectos generales de lo que recoge el texto de la citada proposición, dejando para más adelante el análisis concreto de su articulado e, incluso, la eventual afectación de otros principios y derechos como el de taxatividad, integrado en el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Un primer resultado de ese estudio general pone de manifiesto determinados elementos que colisionan frontalmente con el principio de seguridad jurídica y los aspectos que, sobre ésta, ha venido perfilando la doctrina de nuestro máximo órgano de protección de las garantías y derechos constitucionales:

i) En primer lugar, el TC ha apuntado como genuina característica de este principio “*la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas, de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los Tribunales*”. Desde luego, hemos de partir de la idea de que la iniciativa legislativa ahora analizada se caracteriza por su absoluta “*imprevisibilidad*”. Imprevisibilidad que es predicable en un doble plano: de una parte, en el plano temporal y, de otro lado, en la eventual delimitación del ámbito objetivo que vaya a tener su aplicación.

Por lo que atañe al plano temporal, el análisis del contexto social y político de España en los últimos meses del año 2023 revela con claridad que, ni estaba prevista, ni tampoco era previsible un planteamiento de esta naturaleza. Es más, las repetidas manifestaciones realizadas por diferentes candidatos electorales, ahora integrantes del grupo parlamentario que ha presentado la proposición de ley, durante la campaña electoral que precedió a la votación el día 23 de julio de 2023 de las elecciones generales, o no se manifestaron sobre ella o, si lo hicieron, fue para negar toda posibilidad de hacer realidad una propuesta legislativa de esta naturaleza, por reputarla inconstitucional.

ii) Además de la imprevisibilidad temporal de que esta iniciativa pudiera ver la luz en el momento inmediatamente posterior a la jornada electoral, la seguridad jurídica, desde la perspectiva de su ámbito objetivo, se ve seriamente comprometida por la ambigüedad y falta de concreción de los hechos que pretenden ser amnistiados. Los dos primeros artículos de la proposición, dedicados a la regulación del “*ámbito objetivo*” de los hechos amnistiables y de las “*exclusiones*” de aplicación de la amnistía constituyen un verdadero reflejo de la indeterminación, por la amplitud y ambigüedad con que aparecen redactados. Una imprevisibilidad que se predicará no solo de quienes puedan beneficiarse de la amnistía, sino también de quienes vean frustradas sus legítimas expectativas de resultar beneficiados por esta medida de gracia.

En lo que respecta al “*ámbito objetivo*” se constata que es el factor ideológico, expresado en la “intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña” [art. 1.1.a) PLOA], el que se erige en presupuesto indispensable para establecer la delimitación “objetiva” de la amnistía, siempre que se ejecuten en un determinado marco o contexto, el del proceso independentista catalán. Se trata de un factor que, por su carácter individual y subjetivo, no sólo es difícil de acreditar, más allá de la mera manifestación expresa de esa intencionalidad por parte de las personas implicadas, sino también de apreciar por los jueces y tribunales que hayan de determinar si

aquella intencionalidad política existe y sirve para constituir una relación de causa-efecto entre la primera y el resultado delictivo. Lo que el Código Penal sanciona o excluye de la penalización no son los fines o intencionalidades ideológicas, en los que, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán, no rige el principio de democracia militante (STC 48/2003, de 12 de marzo), sino los hechos tipificados como delitos que cometan las personas, con independencia de cuál sea el móvil o intencionalidad política que les impulse a aquella comisión. Además, esos mismos delitos seguirán existiendo y serán de aplicación para todos los que no acrediten y no les sea apreciada aquella intencionalidad política. Desde luego, el presupuesto determinante de la aplicación de la amnistía en un contexto como el actual, la indeterminación de su contenido y la dificultad para el juzgador de apreciar esa intencionalidad, actúan como factores de notoria inseguridad jurídica en la interpretación y aplicación de la norma, salvo que, como hemos anticipado, baste la mera alegación por parte del investigado, acusado o condenado, según el momento en que la amnistía le resulte susceptible de aplicación, para incluir el supuesto dentro de este ámbito objetivo, lo que aún resulta mayormente discriminatorio -casi aleatorio- tanto en la aplicación de esta gracia excepcional, como en su exclusión.

En efecto, en el capítulo de las “*exclusiones*” se observa igualmente una evidente ambigüedad en algunos de los supuestos que se describen en el art. 2 PLOA. Por ejemplo, los actos recogidos en el apartado b), tipificados como delitos de torturas o de tratos inhumanos y 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”. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, este apartado ofrece dos factores de clara indeterminación: de una parte, el texto de este apartado se remite, para la apreciación de la tortura, a los términos del art. 3 del CEDH y, en consecuencia, a la jurisprudencia del TEDH sobre la tortura, cuando

nuestro propio ordenamiento jurídico-penal, como consecuencia de haber ratificado el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes (Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 159, de 5 de julio de 1989) tiene tipificadas diferentes manifestaciones de este aberrante y despreciable delito (Título VII del Libro II; arts. 173 a 177 CP), castigados con penas de prisión. Y, de otro lado, la necesidad de interpretar numerosos conceptos jurídicos indeterminados que dificultan la fijación de unos criterios objetivos de exclusión de la aplicación de la norma que, además, no se corresponden totalmente con los establecidos por la doctrina del TEDH sobre la materia. Sobre ello se volverá más adelante.

Otro de los supuestos de exclusión que llama la atención por su ambigüedad es el del apartado e), que deja fuera de la aplicación de la amnistía “los delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea”. No resulta claro si se refiere en exclusiva a los tipos penales incorporados por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, que, entre otras, transpuso a nuestro ordenamiento penal la Directiva 2017/1371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la UE mediante el Derecho Penal [denominada Directiva PIF], y cuya competencia en nuestro país para su investigación y acusación viene atribuida a los Fiscales Delegados de la Fiscalía Europea (art. 4 de la L.O. 9/2021, de 1 de julio). O, por el contrario, si también puede extenderse a todas aquellas conductas de corrupción en el manejo de fondos públicos, que no procedan directamente de fondos de la UE. Este último interrogante se abre teniendo en cuenta que, como luego veremos, en la Unión Europea existe especial interés no sólo en la lucha contra la delincuencia que afecte directamente a los fondos europeos, sino también a que los Estados miembros hagan un uso adecuado de sus presupuestos y de las previsiones de gastos, con criterios de eficiencia en la gestión de los fondos públicos. Y ese interés se extiende, también, a la erradicación de todas las manifestaciones de corrupción que, en la utilización de los fondos públicos por parte de autoridades y funcionarios públicos, puedan producirse en cualquiera de sus Estados miembros.

Desde luego, estos apuntes bastarían para sostener que el principio de seguridad jurídica se ve comprometido con la iniciativa legislativa que se pretende aprobar. Pero no es el único, como seguidamente se expondrá.

b) *Sobre la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

El TC ha destacado que *“cuando se formula un reproche de arbitrariedad al legislador, ha de extremarse el cuidado en nuestro enjuiciamiento, pues el pluralismo político y la libertad de configuración del autor de la ley son también bienes constitucionales que debemos proteger. Por ello hemos exigido, generalmente, dos condiciones para que, en estos casos, prospere la objeción de inconstitucionalidad: por un lado, que quien formule esa censura la razone en detalle, ofreciendo una justificación en principio convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada; y, por otro, desde un punto de vista material, que la arbitrariedad denunciada sea el resultado bien de una discriminación normativa, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias”* [STC 159/2021, de 16 de septiembre, FJ 5 B) y las SSTC que se citan en la misma. Igualmente, sobre la exigencia de prudencia a la hora de invocar la vulneración de este principio por parte del legislador, se pronuncia la STC 74/2022, de 14 de junio. FJ 3 D)].

Para analizar la eventual concurrencia de una actuación arbitraria de los poderes públicos, dejando de lado la consideración en abstracto de la inconstitucionalidad de la amnistía, por las razones anteriormente comentadas, resulta necesario ponerse en el estudio del contexto y circunstancias en que, concretamente, fue presentada esta proposición de Ley Orgánica. A tal efecto, es preciso centrarse en identificar la autoría de esta iniciativa legislativa y de quien la llevó a efecto; así como determinar cómo se realizó su presentación, a quiénes y por qué delitos se pretende amnistiar y cuáles son las razones y argumentos que han conducido

a la proposición de esta iniciativa legislativa. Se tratará, en todo caso, de un análisis basado en la mera constatación de hechos públicos y notorios, sin entrar, en ningún caso, en valoraciones de carácter político-partidista.

Para dar respuesta a la cuestión de la identificación de los autores y de los eventuales beneficiarios de la amnistía, es necesario hacer una cronología de los acontecimientos que precedieron a la presentación formal de la iniciativa legislativa en el Registro del Congreso de los Diputados.

La primera fecha relevante es la del día 9 de noviembre de 2023, en que se produce la firma en Bruselas (Bélgica) de un acuerdo entre representantes de dos formaciones políticas con respaldo en otros tantos grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados. En uno de los puntos de dicho acuerdo se expresa literalmente, en lo que ahora es de interés, lo que sigue: “La Ley de Amnistía para procurar la plena normalidad política, institucional y social como requisito imprescindible para abordar los retos del futuro inmediato. Esta ley debe incluir tanto a los responsables como a los ciudadanos que, antes y después de la consulta de 2014 y del referéndum de 2017, han sido objeto de decisiones o procesos judiciales vinculados a estos eventos”. En otro punto siguiente, se destaca el siguiente acuerdo: “La investidura de Pedro Sánchez, con el voto a favor de todos los diputados de Junts”.

La siguiente fecha de importancia es la del 13 de noviembre de 2023, en la que el Grupo Parlamentario Socialista, que da presencia en la Cámara a uno de los dos partidos firmantes del acuerdo anterior, presentó la “proposición de ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”. En el mismo día, la señora Presidenta del Congreso de los Diputados, previa reunión de la Mesa de la Cámara, anunció la convocatoria del Pleno para la sesión de investidura del candidato propuesto por S.M. el Rey para la Presidencia del Gobierno que, en ese momento, era el candidato a la Presidencia del Gobierno por el Grupo Parlamentario Socialista.

Finalmente, en la sesión plenaria de los días 15 y 16 de noviembre de 2023, fue elegido en primera votación por mayoría absoluta de la Cámara Baja (179 Diputados) el candidato previamente designado. El Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya en la citada Cámara, en cumplimiento de lo convenido en el acuerdo de 9 de noviembre de 2023, firmado por el representante del partido político de la misma denominación, votó a favor de la investidura del candidato previamente designado.

La secuencia de hechos descrita revela que la iniciativa de presentar la PLOA fue parte de un acuerdo de investidura suscrito entre dos partidos políticos con representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados y asumido por los dos Grupos Parlamentarios correspondientes.

La siguiente cuestión, relativa a determinar quiénes pretenden verse beneficiados por la citada PLOA, a la vista de la secuencia cronológica de los hechos descritos, sólo puede responderse poniendo en conexión la decisión de registrar la citada proposición en el Congreso de los Diputados con el acuerdo suscrito previamente por las dos formaciones políticas anteriormente referidas.

A partir de la citada conexión, es posible deducir razonadamente que los beneficiarios de la presentación de la citada proposición de ley orgánica serían, de una parte, el candidato designado por S.M. el Rey a la Presidencia del Gobierno, perteneciente al Grupo Parlamentario Socialista, que obtuvo el respaldo de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados para ser investido, habiendo obtenido, entre los votos favorables de otros Grupos Parlamentarios de la Cámara, el de los siete Diputados del Grupo de Junts per Catalunya, de conformidad con lo que había sido previamente convenido en el acuerdo de 9 de noviembre de 2023; y, de otro lado, el art. 1 PLOA, dedicado a delimitar el ámbito objetivo de la amnistía, permite incluir como posibles beneficiarios de la misma, entre otros, a determinados dirigentes, militantes y simpatizantes de la formación política Junts Per Catalunya, algunos ya condenados por sentencia firme y otros, entre los que se encuentran algunos de

sus militantes más caracterizados, sobre los que pesan diferentes órdenes de detención por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por presuntos delitos, entre otros, de malversación de caudales públicos. Todas estas personas podrían resultar beneficiadas por la amnistía propuesta, con independencia de que, con posterioridad, otros Grupos Parlamentarios en las Cortes Generales hayan podido o puedan apoyar aquella iniciativa legislativa.

Sobre esa base, la PLOA aparece viciada de arbitrariedad desde el punto y hora en que no tiene por objeto la satisfacción de un principio de justicia o equidad, sino que se basa en un acuerdo entre dos formaciones políticas que obtienen un recíproco beneficio. Tampoco se pretende el restablecimiento de los derechos y libertades que se dicen injustamente vulnerados de una parte de la ciudadanía que reside en Cataluña, dado que van a quedar exonerados de toda responsabilidad penal por unos hechos que, en otros lugares de España y sin la intencionalidad que se recoge en la PLOA, determinarían una responsabilidad por graves delitos contra bienes jurídicos de extraordinaria relevancia social y personal como los descritos en los arts. 1 y 2 PLOA.

2.5 Una amnistía implica la desnaturalización de la ley como norma de carácter general: la PLOA no cumple los requisitos constitucionales para tener validez como norma de carácter singular.

Las leyes se han caracterizado tradicionalmente por su generalidad y abstracción. La generalidad supone que la aplicación de la norma no se refiere a personas concretas sino a todos los ciudadanos que, eventualmente, pueden verse afectados por ella. Por abstracción se entiende que la norma se desvincula de un determinado hecho ya ocurrido, sino que contempla una situación o un supuesto actual o futuro que, de concretarse, dará lugar a su aplicación. La PLOA no goza de tales notas características.

Por un lado, se refiere a determinados integrantes de una población, aquellos que han incurrido en unas conductas que se asocian a una finalidad o ideología

concreta. Ni siquiera se refiere a todas las personas que hayan podido cometer unos determinados delitos o infracciones, sino únicamente a aquellos que lo cometieron con una concreta finalidad y que, aunque sean numerosos, pueden ser identificados. El caso es particularmente llamativo si observamos, aunque sea muy someramente en este apartado del informe, la descripción de los delitos comprendidos en el ámbito objetivo de la propuesta legislativa, puestos en relación con los delitos excluidos [art. 2, a) y c) PLOA]. Llama poderosamente la atención que se excluyan los homicidios, pero no su tentativa, que incide en el mismo bien jurídico protegido. Y otro tanto puede decirse de la exclusión de determinadas lesiones agravadas previstas en los arts. 149 y 150 CP, pero no de otras también graves como las comprendidas en el art. 148 o en el propio art. 150 CP, como luego veremos. Lo mismo ocurre con la exclusión de los delitos de terrorismo, que solo se verán amnistiados si no han “causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos”, obviando la gravedad intrínseca que conlleva toda forma de terrorismo [sobre este punto se insistirá más adelante]. Parece que la intención del texto no es únicamente la extinción de la responsabilidad penal concreta respecto de ciertos delitos cometidos en un contexto, sino evitar la persecución penal de determinados sujetos.

Por otro, el texto parece referirse a un hecho pasado, a un hecho concreto claramente prefijado. Un hecho que, precisamente por su fijación temporal, no puede volverse a producir. Sin embargo, el propio texto (art. 1.3) permite su vigencia ulterior ilimitada en el caso de que la “realización” de la conducta se haya iniciado antes del 13 de noviembre de 2023 (fecha de presentación de la proposición de ley), y aunque su “ejecución” finalizase posteriormente. Al margen de la aparente contradicción con la naturaleza propia de una amnistía, -que pretende “olvidar” lo sucedido, no lo que está por suceder-, y de la más que discutible diferenciación -en términos de dogmática penal- entre “realización” y “ejecución”, lo cierto es que esta previsión puede plantear indudables problemas prácticos de acreditación, por ejemplo, en el caso de los actos preparatorios como la conspiración o la proposición (art. 17 CP), incluidos en el ámbito de aplicación de la PLOA (art. 1.2). En definitiva, parece que se pretende regular

situaciones extraordinariamente concretas y, al mismo tiempo, deliberadamente ambiguas como para integrar al máximo número de personas posibles, siempre que hayan cometido o pretendan cometer hechos delictivos por razón de su ideología.

A juicio de este Consejo, nos encontramos ante una ley singular, que contiene una supresión retroactiva de la antijuridicidad de determinados comportamientos que lo eran en el momento de ser cometidos (y que, de hecho, lo siguen siendo para otras personas, como ya hemos visto).

Son leyes singulares, según la STC 129/2013, de 4 de junio (FJ 4) *“aquéllas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro”*. La STC 148/2020, de 22 de octubre (FJ 5), por su parte, categoriza las leyes singulares por remisión a la STC 203/2013, de 5 de diciembre, que, en su FJ 3, distingue entre los siguientes tipos: *“i) un primer tipo de ley singular es la ley autoaplicativa, término este que hace alusión a las leyes que contienen una actividad típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto, como era el supuesto analizado en la STC 129/2013, de 4 de junio; ii) en segundo lugar, una ley también puede calificarse de estructura singular, en atención a los destinatarios a los que va dirigida, caso de la norma examinada en la STC 166/1986, de 19 de diciembre; y iii) finalmente, pertenecen asimismo a este género, aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable a ningún otro, categoría en la que se encuadró, por ejemplo, el supuesto de la STC 203/2013, de 5 de diciembre”*.

Más recientemente, la doctrina sobre las leyes singulares ha sido sistematizada en la STC 159/2021, de 16 de septiembre (FJ 3), distinguiendo entre las leyes singulares no autoaplicativas que, a su vez, se pueden subclasificar en *“las de*

destinatario único o de estructura singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida; y las dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto, esto es, a una situación singular o excepcional". Y, por otra parte, las leyes autoaplicativas, que son aquellas "que contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto".

En el presente caso, y como así lo destaca el Preámbulo de esta Proposición de Ley Orgánica, nos hallaríamos ante una ley aprobada para atender "una situación singular o excepcional", también denominadas "leyes de caso único", en la terminología empleada por la STC 166/1986, de 19 de diciembre, (FJ 10), y que no se reducen a aquellas que tengan como contenido material, en todo o en parte, una actividad ejecutiva o de la administración.

El TC destaca que "[e]l canon de constitucionalidad aplicable a este tipo de leyes es el elaborado en la STC 129/2013 (FJ 4), y sistematizado en la STC 231/2015 (FJ 3). En dichas sentencias afirmamos que 'las leyes singulares no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa' y, en consecuencia, 'están sujetas a una serie de límites contenidos en la propia Constitución', entre los que se encuentran el principio de igualdad; su restricción 'a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediabiles por los instrumentos normales de que dispone la administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios'; así como 'la prohibición de condicionamiento del ejercicio de los derechos fundamentales, materia reservada a leyes generales'" (STC 159/2021, de 16 de septiembre, FJ 3).

Asume así los criterios ya expuestos en la STC 166/1986, de 19 de diciembre (FJ 11), luego reiterados en la STC 203/2013 de 5 de diciembre (FJ 4), en la que se recuerda que, para que "cualquier ley singular (...) pueda considerarse constitucional", "habrá de superar" el "triple canon" de la "razonabilidad, proporcionalidad y adecuación", que incluye una finalidad legítima.

El apartado V del Preámbulo intenta justificar el carácter de Ley singular de la PLOA y su adecuación al canon constitucional mediante una serie de argumentos que, sin embargo, no logran ajustarse al filtro exigido por el Alto Tribunal.

Para empezar, se alude a que “su objeto y ámbito se dirige a un grupo concreto de destinatarios (...) para un supuesto de hecho singular”, cuando seguidamente se añade la referencia al “conjunto de actos vinculados, de diversas formas, al ya mencionado proceso independentista, que quedan acotados material y temporalmente”. Ya hemos anticipado algo sobre esta cuestión, que luego se analizará más detalladamente, pero lo cierto es que la propia descripción de “un supuesto de hecho singular” como un “conjunto de actos vinculados (...) al (...) proceso independentista” ya es suficientemente expresivo de una cierta generalidad, no de una singularidad.

Seguidamente se invoca el principio de igualdad que, en los términos que se exponen en el Preámbulo de la PLOA, debe entenderse referida a la igualdad en la aplicación de la Ley (no existirán “discriminaciones entre personas que se encuentren comprendidas en el supuesto habilitante”), pero no, como ya hemos señalado, a la igualdad ante la Ley, que se infringe de forma notoria a juicio de este Consejo. La jurisprudencia constitucional exige que la diferencia de trato inherente al concepto de ley singular responda a una *“justificación objetivamente razonable”* [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11.a)]. De esta forma, la *“Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad [ante la ley] cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas”* [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11 a)].

Pues bien, aun tratándose de una ley singular, desde luego el principio de igualdad ante la ley no queda preservado en estas circunstancias. De entrada, es necesario poner de manifiesto la nula referencia que se hace al derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de todos los hechos delictivos que fueron cometidos por algunas personas ya condenadas y beneficiarias de esta amnistía, así como de las que presuntamente también pudieron incurrir en responsabilidad por hechos delictivos muy graves que aún se hallan pendientes de enjuiciamiento y que se van a ver igualmente beneficiadas por la amnistía, todo ello sin dejar de lado la sociedad en su conjunto que, por diversas vías, podría reclamar justicia actuando como parte acusadora en un proceso penal o de otra naturaleza.

Por lo tanto, el Preámbulo de la PLOA pretende hacer un juicio de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación que ya adolece, *ab initio*, de rigor técnico-jurídico desde el punto y hora en que prescinde del juicio de ponderación que ha de hacerse, desde la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, de un derecho fundamental relevante y de tanta importancia como es el ya mencionado derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas y perjudicados. Además, configura un tratamiento penal y de otra naturaleza claramente atentatorio del principio de igualdad ante la Ley, por conceder un tratamiento beneficioso, sin ninguna justificación objetiva y sin razones de justicia y equidad a los participantes en aquellos hechos.

Los mencionados juicios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación se articulan en torno a la necesidad de “superar” la situación de “alta tensión política que vivió la sociedad catalana de forma especialmente intensa desde finales de 2011”, sin explicar en forma alguna la elección de esta fecha. Más adelante, destaca el Preámbulo que esta proposición de ley orgánica trata de “mejorar la convivencia avanzando hacia la plena normalización de una sociedad plural que aborda los principales debates sobre su futuro mediante el diálogo, la negociación y los acuerdos democráticos”.

En realidad, la EM emplea unos términos que no se corresponden con la verdadera situación de Cataluña y del resto del Estado. Todos ellos constituyen un conjunto de expresiones que tratan de poner de manifiesto, de forma eufemística, los episodios de violencia que tuvieron lugar, de manera repetida, en diferentes poblaciones de Cataluña, de modo particular durante los meses de septiembre y octubre de 2017, así como del mes de octubre de 2019, y los actos delictivos protagonizados por las más altas autoridades de los poderes constituidos en esa Comunidad Autónoma, que fueron condenados algunos de ellos y el resto procesados y en situación pendiente de juicio por hallarse huidos de la Justicia y con órdenes de búsqueda y detención, por la comisión o presunta comisión de diferentes delitos de extrema gravedad.

No fue solo un problema de “tensión” o de “conflicto” político el acaecido en Cataluña en las fechas que se indican en el Preámbulo, sino de delitos o presuntos delitos de extrema gravedad, cometidos por personas que ostentaban en aquellas fechas la representación política de la ciudadanía de Cataluña y de otras personas, alentadas por aquellas, para cometer los actos violentos que ahora se pretenden amnistiar.

Si la cuestión se hubiera limitado a una mera situación de tensión o de conflicto político, es evidente que no habría necesidad de intervención de los Tribunales de Justicia, en especial los de la Jurisdicción Penal, que hubieron de actuar para impartir justicia y reprimir aquellas conductas delictivas, como es propio de un Estado de Derecho.

En definitiva, la singularidad de la norma no proviene de los hechos que la hacen indiscutiblemente necesaria que, como ya hemos anticipado, aparecen difusamente descritos, sino de la necesidad de alcanzar un acuerdo para una investidura. Las genéricas invocaciones al “interés general”, a la “pacificación” o a la “convivencia” en Cataluña, recogidas en el citado Preámbulo, pueden ser fácilmente descartadas por la realidad de los hechos. No se trata de dar una respuesta a unos hechos ocurridos hace ya años o que, incluso, puedan

cometerse en el futuro, sino a necesidades políticas actuales. En realidad, como luego veremos, toda la argumentación aparece impregnada de una idea inasumible en un Estado de Derecho, como es que la convivencia fue alterada por la actuación de los poderes del Estado y, singularmente, del Poder Judicial.

En cuanto a los criterios de proporcionalidad y adecuación ocurre otro tanto de lo mismo. La proporcionalidad se hace descansar en una supuesta ausencia de una “referencia genérica e imprecisa” de su ámbito de aplicación, cuando la norma aparece plagada de notorias inconcreciones. Y la adecuación se “conecta (...) con la finalidad que pretende la norma”. La PLOA renuncia a justificar que no exista otra forma menos gravosa para los bienes jurídicos concernidos ni más eficaz para solventar la cuestión singular planteada, que es el contenido material de los principios de proporcionalidad y adecuación. La PLOA se ve incapaz de argumentar la concurrencia de estos elementos ponderativos para justificar una medida como la amnistía. Cuando el legislador considera que cierta conducta no debe ser castigada, procede a su despenalización, surtiendo efectos generales. Del mismo modo, si lo que se pretende es condonar la consecuencia jurídica del delito a determinadas personas, se dispone de la figura del indulto. Estas dos vías son las ordinarias previstas en el ordenamiento constitucional español y, de hecho, ya han sido utilizadas para lo que se entiende como la necesidad de solventar el problema que aparece descrito en el Preámbulo de la PLOA. Cuando se creyó que el delito de sedición era desproporcionado, se aprobó *la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*. Y cuando se entendió que las condenas impuestas no debían ejecutarse se dictó, valga la cita de uno de ellos a modo de ejemplo, el Real Decreto 460/2021, de 22 de junio, por el que se indulta a don Oriol Junqueras i Vies.

En resumen, no es necesaria la amnistía para alcanzar el efecto jurídico deseado, que puede obtenerse mediante la reforma del Código Penal o mediante

el indulto. El verdadero objetivo pretendido, esto es, alcanzar un acuerdo de investidura, no nace de la situación de hecho descrita en la exposición de motivos sino del resultado electoral producido el 23 de julio de 2023, lo que implica la omisión de cualquier criterio de razonabilidad jurídica en esta propuesta legislativa. Un análisis mínimamente razonable y objetivo permite llegar a la conclusión de que la amnistía implica un sacrificio desproporcionado de pilares fundamentales del Estado de Derecho, para obtener un supuesto beneficio de dudosa consecución como es la “convivencia” o la “pacificación”. No se atisba a comprender el motivo por el que la aplicación de la Ley aprobada democráticamente ha podido generar un conflicto o alterar la convivencia o la paz social, frente a la propia comisión de las conductas delictivas.

Por todo lo anterior, se considera que la PLOA no cumple los requisitos de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación exigidos por el TC para otorgar validez constitucional a determinadas formas de ley singular.

IV. SOBRE LA COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL Y CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción. Consideraciones generales.

En este apartado del informe se analizan las repercusiones internacionales de la PLOA. A estos efectos, se diferenciarán los distintos compromisos asumidos por España en función de la materia y de las organizaciones internacionales de las que forma parte, puestos en relación con el contenido del Preámbulo o Exposición de Motivos (en adelante, EM) y de algunos de los preceptos de la propuesta legislativa sometida a nuestra consideración.

Sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, conviene señalar desde ahora que la EM parece dar a entender la conformidad de la amnistía con el derecho internacional y, específicamente, con el de la Unión Europea, cuando no es así, sino todo lo contrario. Por un lado, determinadas formas delictivas especialmente

graves se verán beneficiadas por la amnistía ahora propuesta, en clara contravención de los compromisos internacionales asumidos por España, como estado soberano o como integrante de la Unión Europea, que obligan a su persecución eficaz. Por otro lado, la reseña de determinados pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), además de no tratar supuestos semejantes a los que son objeto de la PLOA, no puede servir como aval para afirmar la compatibilidad de esta propuesta con el Derecho de la Unión Europea, dado que, precisamente, esos precedentes jurisdiccionales conceden una indiscutible preponderancia a la actuación judicial frente a los intentos del poder político de turno para olvidar delitos pluriofensivos.

En todo caso, un análisis preliminar general, sin perjuicio de una mayor concreción en los apartados siguientes, permite advertir que la PLOA contraviene numerosas normas de derecho europeo. Su regulación supondría una ruptura de la separación de poderes, en contra de la cláusula del Estado de Derecho de la UE (arts. 2 y 19.1.2º del Tratado de la Unión Europea -TUE- y art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-) y el nivel de protección de los derechos fundamentales ante los tribunales (art. 53 CDFUE). Algunos de los delitos amnistiables según la proposición de ley de amnistía (como la malversación, es decir, la corrupción o el terrorismo) están abarcados por el art. 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE-, por estar sujetos a normas mínimas comunes en la UE (por seguir con los ejemplos, por las Directivas 2017/1371 y 2017/541, que luego se analizarán con más detalle). Por tanto, las Cortes Generales, al legislar sobre estas materias, está actuando sobre competencias compartidas [arts. 2º y 4.2.j) TFUE], pero, como luego veremos, en contra de los objetivos comunes del estándar uniforme de la UE, infringiendo con ello el principio de subsidiariedad y proporcionalidad del Derecho de la UE (art. 5 TUE) y yendo en contra del objetivo de protección efectiva de los intereses de la UE.

En esta línea, conviene recordar que el art. 83 TFUE establece que: “El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de *especial gravedad* y tengan una *dimensión transfronteriza* derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de *combatirlas según criterios comunes*. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el *terrorismo*, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la *corrupción*, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada” [las cursivas son nuestras].

En definitiva, una iniciativa legislativa como la PLOA, que desconoce la obligación de respetar las normas mínimas relativas a la definición y sanción de ámbitos delictivos de especial gravedad como el terrorismo o la corrupción, establecido en el art. 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), supone un incumplimiento de los compromisos asumidos por España en defensa de un espacio común de libertad, seguridad y justicia (arts. 67 y ss TFUE) y de cooperación judicial en materia penal (arts. 82 y ss TFUE).

2. La PLOA es contraria al Derecho de la Unión Europea

La inclusión de los delitos de malversación y de terrorismo convierte a la PLOA en un instrumento legislativo contrario al Derecho de la Unión Europea.

2.1 La PLOA es contraria a los compromisos internacionales asumidos por España en la lucha contra la corrupción. El delito de malversación no puede ser objeto de una amnistía

Los arts. 1.1, letras a) y b), y 8, apartados 1 y 2 PLOA consideran amnistiables los delitos de malversación de caudales públicos y las conductas incursas en

responsabilidad civil y contable, incluidas las que estén siendo objeto de procedimientos tramitados ante el Tribunal de Cuentas, con alzamiento de las medidas cautelares tendentes a su aseguramiento.

Como veremos, estas disposiciones no solo chocan con los principios éticos del ejercicio del poder, sino que también suponen un quebranto de las obligaciones internacionales asumidas por España, de conformidad con lo establecido en los arts. 93 y 96.1 CE.

Uno de los indicadores fundamentales del desarrollo humano y de la calidad política de los estados es la incidencia de la corrupción. Todos los organismos internacionales, tanto a nivel global como regional, cuentan con instrumentos normativos e instituciones supervisoras del grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales en la materia. La lucha contra la corrupción se configura como una necesidad basada en garantizar a los ciudadanos de todas las naciones una sociedad democrática y justa. Las normas establecen principios, medidas preventivas y la exigencia de una persecución eficaz de la corrupción, obligando a los estados a establecer medidas normativas y penales, en este último caso, en particular, por la configuración de las normas penales como una forma de constitución negativa, un cierre infranqueable del funcionamiento de los estados y base de una democracia efectiva. La observancia por parte de los estados del cumplimiento de los estándares de corrupción y la persecución y aplicación efectiva de las sanciones condicionan no solo el atractivo para las inversiones, sino también la credibilidad internacional de las instituciones nacionales de los estados y el prestigio general de las sociedades.

a) Compromisos asumidos en el ámbito de las Naciones Unidas

En el ámbito de la Organización de Naciones Unidas debe destacarse la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. La convención fue ratificada por España el 19 de junio de 2006 y por la Unión

Europea el 12 de noviembre de 2008. Este último dato se analizará más adelante, pero tiene la importancia significativa de que no solo integra el ordenamiento español, sino que forma parte también del ordenamiento de la Unión Europea.

El convenio contiene medidas preventivas y represivas de la corrupción reguladas en ocho capítulos con disposiciones que implican, en algunos casos, la necesidad de legislar en un determinado sentido; en otros, las que abren la posibilidad de regular una determinada materia; y, finalmente, las que incluyen algunas recomendaciones. Por lo que se refiere a la represión, se establecen algunas tipificaciones obligatorias (arts. 15, 16.1, 17, 23 y 25) y se faculta a tipificar en un determinado sentido (arts. 16.2, 18, 19, 20, 21, 22 y 24).

Además de las modificaciones normativas, el texto establece la necesidad de adoptar políticas públicas activas en el marco del ordenamiento jurídico interno y en respeto a sus derechos fundamentales (arts. 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 38, 39, 53, 60 y 62) y otras normas de aplicación directa en el marco del proceso penal (arts. 30.3, 30.4, 30.5, 31.1, 50.1, 50.3). El destinatario de estas normas en cada Estado es, según los supuestos, los órganos encargados de investigar o aplicar la ley en el caso concreto, atendido el marco normativo vigente.

Vamos a llamar la atención en este punto sobre tres aspectos en los que se establece la necesidad de legislar en un determinado sentido con carácter preceptivo.

Los arts. 19 a 22 obligan a sancionar el soborno activo y pasivo de autoridades y funcionarios, la malversación y el abuso de funciones. El art. 17 es preciso al establecer que “cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o

cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo”. Se trata de una obligación ineludible dirigida al legislador en la medida en que el verbo utilizado se formula con el imperativo “adoptará”. Resulta relevante el hecho de que la definición efectuada exige como requisitos la comisión intencionada y el desvío de fondos que hayan sido confiados a las personas encargadas de su administración, de manera que toda cláusula limitativa entra en clara colisión con la Convención. Por tanto, el concepto jurídico de corrupción se integra normativamente por el catálogo de delitos cuya incorporación a los Estados es obligatoria de acuerdo con el Convenio contra la corrupción de 2003, incorporado al ordenamiento jurídico español, y que incluye necesariamente la malversación de caudales o fondos públicos.

Con el mismo carácter imperativo, el art. 31 obliga a adoptar “en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) de los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”. La disposición se complementa con el art. 57, que exige la restitución a los titulares de los fondos desviados.

Así pues, la convención obliga a establecer medidas represivas que determinen la persecución penal de los responsables y la privación de los bienes para su restitución en beneficio de la sociedad que sufre actos de corrupción que incluyen la malversación de bienes.

La prevención, la sanción y la restitución de bienes procedentes del delito se articulan a través de un principio esencial, la eficacia. El sustantivo más repetido en el texto de la Convención es “eficacia” y el adjetivo más frecuentemente escrito es “eficaz”.

El art. 30.3 establece una disposición que merece un análisis específico al regular las bases y el funcionamiento práctico del proceso penal. De acuerdo con su literalidad, “cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos”. Lo relevante de este precepto es que establece que los poderes propiamente políticos, el ejecutivo y el legislativo, deben garantizar que las autoridades encargadas de perseguir los delitos ejerzan sus funciones de manera eficaz y que, a diferencia de los artículos anteriormente reseñados, el precepto no establece las bases de la actividad normativa del Estado, sino su aplicación. Con otras palabras, existe un deber de garantizar la investigación del delito como fundamento del proceso en persecución de las infracciones reguladas en la convención como delitos de corrupción, malversación incluida. De manera indirecta, se establece el deber de las autoridades encargadas de la persecución del delito de investigarlo hasta alcanzar la verdad material, constituido como un derecho de la ciudadanía frente a un delito pluriofensivo.

Sentadas estas premisas, nada hay más contrario a la eficacia en la lucha contra la corrupción que su olvido, cualquiera que sea la forma criminal en que se manifieste. A mayor abundamiento, el art. 65 establece una cláusula de cierre que obliga a los estados a adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la convención y que les autoriza a adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en el mismo texto a fin de prevenir y combatir la corrupción, en modo alguno a reducirlas.

El funcionamiento de la convención se delega en la Conferencia de los Estados Parte en el marco de la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y

el Delito (UNODC), que acostumbra a analizar casos normalmente referidos a estados ajenos a la Unión Europea y que en ocasiones afrontan situaciones de dificultad de aplicación de los estándares del Estado de Derecho y que se ha dotado de una herramienta que analiza la legislación de los estados en la materia y establece pautas para su efectiva incorporación de las normas de la convención¹. Llamamos la atención sobre este texto por cuanto incorpora un capítulo 6 (*Tool 34*, págs. 415 y ss) dedicado a analizar los casos de amnistía de delitos de corrupción vinculados con procesos de reconciliación. Asumiendo los riesgos evidentes de perjuicio a los principios que garantizan la prevalencia del Estado de Derecho en los casos de amnistía en situaciones de conflicto, el texto señala que la amnistía podría resultar admisible en condiciones muy restrictivas, en concreto, cuando “el Gobierno crea una estructura anticorrupción recientemente organizada; la corrupción ha sido, o sigue siendo, sistémica y el gran número de casos probablemente paralice la actuación de las estructuras anticorrupción y muchos de los servidores públicos, debido a sus bajos salarios, se vieron obligados a utilizar prácticas corruptas para sobrevivir”. Nada de esto se deduce del texto remitido al análisis de este Consejo Fiscal.

En esta tesitura, quienes aplican y propugnan la aplicación de la ley se encontrarán con tres normas: la tipificación del delito de malversación en los arts. 432 a 435 del Código Penal, la Ley de amnistía para el caso de entrar en vigor con la redacción que analizamos, y el artículo 30.3 del Convenio contra la corrupción que es contradictorio con la Ley de amnistía. Recordamos que el art. 11 PLOA expresa que la consecuencia no es el cese de la investigación sino el sobreseimiento libre, por petición de Ministerio Fiscal o una parte, o incluso de oficio.

Esta contradicción de normas, la que obliga a perseguir eficazmente la corrupción y la que obliga a olvidar el delito, debe interpretarse en conjunto en el marco de la CE, cuyos arts. 94 y siguientes regulan el valor de los tratados

¹ https://www.unodc.org/documents/treaties/corruption/toolkit/toolkitv5_chap6.pdf

internacionales. La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales es perfectamente clara respecto de la eficacia y la prevalencia de los tratados internacionales en caso de colisión con otras normas de derecho interno. Los principios que rigen esta relación son los siguientes:

i) Eficacia de los tratados. De acuerdo con el art. 28.1: “Las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional”. En este sentido, la supresión de la obligación internacional asumida por España se realiza por un cauce absolutamente ajeno a este procedimiento, previsto en los arts. 69 y 70 del texto internacional.

ii) Observancia de los tratados. Conforme al art. 29: “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”. Advertimos que la obligación no se agota en los órganos legislativos, sino que se extiende a todos los poderes públicos y organismos del Estado.

iii) Aplicación directa. El art. 30 dispone: “Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

iv) Prevalencia. El art. 31 añade que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales, válidamente celebrados y publicados oficialmente, prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

Como hemos indicado, el art. 30 de la Convención establece un deber que alcanza no únicamente a los órganos que deben incorporar la dicción del tratado

en el ordenamiento interno, sino que incluye un deber de eficacia en la persecución del delito a todas las autoridades encargadas de investigar y sancionarlo, y por consiguiente, la contradicción no puede resolverse en favor de la norma nacional cuando esta contraviene un convenio internacional que establece una obligación específica, como es el caso.

b) La corrupción en el ámbito del Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa puede mencionarse, en primer lugar y a título meramente informativo, un texto del que no son parte España ni la Unión Europea: la Convención 173 sobre la Corrupción de 1999. Los arts. 2 a 14 obligan a los estados a castigar el cohecho de toda clase de funcionarios, el tráfico de influencias y la realización de conductas dirigidas a desviar fondos mediante asientos o declaraciones falsos o incompletos. El art. 14 obliga a los estados parte a adoptar “las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito punible con sanciones penales o de otro tipo, conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, los actos u omisiones siguientes, destinados a cometer, ocultar o disimular los delitos a que se refieren los artículos 2 a 12, en la medida en que la Parte no haya formulado una reserva o declaración: a) extender o utilizar una factura o cualquier otro documento o asiento contable que contenga informaciones falsas o incompletas; b) omitir de manera ilícita la contabilización de un pago”. El art. 19 obliga a adoptar sanciones y medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias, así como medidas para confiscar o privar los bienes del delito para su restitución a la sociedad perjudicada por la corrupción.

A ello hay que añadir que el Comité de Ministros del Consejo de Europa dictó la Resolución (97)24, de 6 de noviembre de 1997, sobre los veinte principios directores para la lucha contra la corrupción, en la que acordó la necesidad de adoptar medidas efectivas de prevención y represión de la corrupción nacional e internacional (principio 1), con medidas eficaces que garanticen la independencia y autonomía de la actuación de quienes integran las instituciones

destinadas a hacer efectiva la lucha contra la corrupción, y protegiéndolas en el ejercicio de sus funciones (principio 3). Además, establece el deber de adoptar medidas adecuadas para privar las ganancias obtenidas del delito² (principio 4).

Finalmente, dentro del Consejo de Europa hay que destacar el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), creado en 1999 con el objetivo de mejorar la capacidad de los estados que lo integran en su lucha contra la corrupción y velar por el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en esta materia³. Cuenta con varios informes y seguimientos por situaciones semejantes en las que se cercena la capacidad de actuación contra la corrupción o la división de poderes⁴.

c) Exigencias de la Unión Europea frente a la corrupción, incluida la malversación

En el marco de la Unión Europea procede señalar la ya citada Directiva UE 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal. Su articulado pormenoriza la clase de conductas que afectan al desvío de los fondos procedentes de los presupuestos europeos y delega en el Código Penal de cada país la forma y los requisitos que debe tener el fraude. En concreto, su art. 4.3 dispone que los “Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la malversación, cuando se cometa intencionadamente, constituya una infracción penal”. Y el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal para trasponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo y abordar cuestiones de índole internacional, que transpuso al ordenamiento jurídico español la citada Directiva PIF y fue posteriormente modificada en esta materia mediante la Ley Orgánica 14/2022 de 22 de

² Los estándares incluyen claramente la sanción de la malversación y el decomiso efectivo: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900016806cc17c>

³ <https://www.coe.int/en/web/greco>

⁴ <https://www.coe.int/en/web/greco/ad-hoc-procedure-rule-34->

diciembre, señala que la Directiva “supone la regulación armonizada de estos fraudes, así como la penalización de otras conductas íntimamente vinculadas con los mismos: el blanqueo de capitales, el cohecho y la malversación”, y en relación con su comisión por personas jurídicas, señala que la Directiva “exige que sea punible cualquiera de los delitos previstos en ella, incluido el delito de malversación”. En definitiva, con independencia de que, en los supuestos objeto de la PLOA, conste o no efectivamente una desviación de fondos con origen estrictamente europeo, la Directiva PIF se configura como un instrumento que sirve para determinar el estándar europeo en la materia⁵. Además, conforme a la STJUE de 16 de junio de 2005 (asunto *María Pupino*, C-105/03,) un órgano jurisdiccional nacional “*está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad*” de las normas europeas (apartado 61).

La Unión Europea cuenta con una estrategia de lucha contra el fraude desde 2011. El ordenamiento de la Unión Europea está trufado de normas que facilitan la persecución de todas las formas de corrupción por parte de las autoridades penales de los distintos estados miembros y procura medidas para evitar su existencia. Los acuerdos de la Unión con terceros estados, máxime en los procesos de adhesión, se condicionan a una vigilancia estricta de prácticas corruptas. En su informe sobre el estado de derecho, la Comisión Europea considera que debe reforzarse la lucha contra la corrupción, no relajarla⁶.

Debe destacarse, además, que en el año 2008 la Unión Europea se adhirió a la Convención contra la corrupción de 2003, una vez había sido ratificado el texto por todos los estados integrantes. No se trata de un gesto simbólico, sino que la Unión asume las obligaciones establecidas en la Convención e incorpora el texto en su acervo como derecho propio al amparo del art. 216 TFUE, a cuyo tenor “la Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la

⁵ <https://www.boe.es/doue/2017/198/L00029-00041.pdf>

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0580>

celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados Miembros”. Con otras palabras, las contradicciones señaladas de la PLOA con los compromisos de lucha contra la corrupción no solo contravienen las obligaciones internacionales de España en el marco de la UNODC, sino que son contrarias también al derecho de la Unión Europea.

En este sentido, de acuerdo con el art. 216 TFUE, la STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011 (asunto ATAA C-366/10), en sus apartados 50 y 51, regula la posición de los tratados ratificados en el marco del derecho de la Unión por debajo del derecho primario y por encima del derecho derivado con estas palabras: *“Pues bien, en virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, cuando la Unión celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y, en consecuencia, éstos disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión. De ello se deduce que la validez de un acto de la Unión puede ser afectada por su incompatibilidad con tales reglas del Derecho internacional. Cuando se alega esa incompatibilidad ante un órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal de Justicia ha de comprobar si se cumplen determinadas condiciones en el asunto del que conoce para determinar si se puede apreciar, en virtud del artículo 267 TFUE, la validez del acto del Derecho de la Unión de que se trata en relación con las normas del Derecho internacional invocadas”*. En efecto, la Unión ha de estar vinculada en primer lugar por dichas normas. Además, el Tribunal de Justicia sólo puede examinar la validez de un acto del Derecho de la Unión en relación con un Tratado internacional si la naturaleza y el sistema de este no se oponen a ello. Por último, cuando la naturaleza y el sistema del Tratado de que se trata permiten un control de la validez del acto del Derecho de la Unión en relación con las disposiciones de dicho Tratado, es preciso además que las disposiciones de éste invocadas para examinar la validez del acto del Derecho de la Unión sean, desde el punto de

vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, lo que concurre en el caso de la lucha contra la malversación de caudales públicos, como ya se ha expuesto.

Por otro lado, resulta evidente el interés de la Unión en que los Estados hagan un uso adecuado de sus presupuestos, cuyo incumplimiento puede generar problemas de equilibrio presupuestario que, en un contexto de unión monetaria y de reglas fiscales compartidas, pueden resultar especialmente relevantes.

En todo caso, también hay que recordar que las resoluciones que se dicten en materia de embargo y decomiso deben cumplirse en los Estados miembros de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo en materia penal previsto en el art. 82 TFUE, conforme al Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, e incluyen los delitos de corrupción de cualquier naturaleza, [así como los de terrorismo]. El artículo 3.1.7) prescribe que las resoluciones en materia de decomiso se ejecutan sin la verificación del requisito de doble incriminación en determinados supuestos delictivos entre los que se halla incluida la corrupción. Con otras palabras, se parte de la premisa de que todos los Estados de la Unión Europea establecen como forma propia de lucha contra la delincuencia el acordar el decomiso de los bienes procedentes del delito en determinadas figuras penales y, entre ellas, se encuentra la corrupción.

En consecuencia, la no exigencia de sanción efectiva del delito de malversación y de la restitución de los bienes desviados implica que el contenido de la PLOA contraviene el Derecho de la Unión Europea.

d) Análisis de la Jurisprudencia del TJUE y de la intervención de otros organismos internacionales

Las consecuencias de incluir delitos de corrupción en el marco de la amnistía van más allá de la propia tipificación y requieren un análisis de la jurisprudencia

del TJUE y de la intervención de otros organismos supranacionales al abordar algunos actos de los estados en los que existe analogía. Sin perjuicio de que, más adelante, se realizará un estudio jurisprudencial de forma más pormenorizada, conviene desde ahora señalar lo siguiente:

En primer lugar, procede destacar un antecedente reciente. En el mes de enero de 2019 un proceso de amnistía que beneficiaba a un conjunto de responsables políticos motivó la intervención política del Presidente de la Comisión Europea y la emisión de informes del Mecanismo de Cooperación y Verificación de la Unión Europea en 2021⁷ y 2022⁸.

En segundo lugar, el GRECO ha realizado un seguimiento por la afectación negativa a la división de poderes, situación que comparten Bulgaria y Hungría.

En tercer lugar, se ha abierto un procedimiento ante el TJUE por esta materia, en concreto, por contravenir el principio *ne bis in idem* o prohibición de la doble incriminación, que implica el derecho de las personas a no ser sometidas a un proceso penal o castigadas más de una vez por los mismos hechos, expresamente reconocido como derecho fundamental en el art. 50 CDFUE y en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH). En la consolidada jurisprudencia del TJUE, sólo cuando en el caso concreto el Fiscal como autoridad judicial archiva de acuerdo con los hechos concretos puede operar esta regla. Más en concreto, la STJUE de 16 de diciembre de 2021 (asunto *AB y otros, revocación de amnistía* C-203/20, apartado 61), resolvió expresamente en relación con Eslovaquia que el principio *non bis in idem*, enunciado en el art. 50 CDFUE, no se opone a la emisión de una orden de detención europea en virtud de la Decisión Marco 2002/584/JAI, si el proceso penal fue inicialmente archivado mediante resolución firme fundada en una amnistía -sin que se examinara la responsabilidad penal de las personas

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0370>

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0664>

encausadas-, y con posterioridad habían cesado los efectos de la resolución de sobreseimiento por haberse revocado la amnistía⁹.

Frente a la llamativa afirmación contenida en la EM de la PLOA de que la jurisprudencia del TJUE autoriza la amnistía, en la mencionada sentencia se da una clara prioridad a la actuación judicial cuando la amnistía es inicialmente concedida y luego revocada por normas más o menos generales, sin que exista un pronunciamiento expreso dictado por autoridad judicial o del Ministerio Público al analizar pormenorizadamente los elementos concurrentes en el caso concreto.

En cuarto lugar, la doctrina de la STJUE (C-203/20) se ha visto confirmada por la más reciente STJUE de 25 de enero de 2024 (asunto *NR y Tribunal Superior de Craiova, Rumanía* C-58/22, apartados 54, 56, 57, 75), en la que, de conformidad con el informe del Abogado General¹⁰, se concluye que *“una persona no puede considerarse que ha sido absuelta, en el sentido del art. 50 CDFUE, como consecuencia de la adopción por un Fiscal de una resolución de sobreseimiento cuando no se haya examinado la situación jurídica de dicha persona como responsable penal de los hechos constitutivos del delito investigado”*.

En quinto lugar, llama la atención que la EM de la PLOA aluda a la STJUE de 29 de abril de 2021 (asunto C-665/20 PPU), en cuyo fallo se establece una consecuencia distinta a la afirmada en la EM¹¹. En esta sentencia, el TJUE señala específicamente que corresponde a la autoridad judicial de ejecución, dentro del margen de apreciación que le corresponde, ponderar la prevención de la impunidad y la lucha contra la delincuencia con la garantía de seguridad jurídica de la persona de que se trate. Consecuentemente, frente a la aplicación

⁹<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243106&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=685031>

¹⁰<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243106&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=685031>

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CA0665&from=ES>

automática de una pretendida amnistía, el TJUE considera que existe una facultad de ponderación judicial cuando concurra alguno de los motivos de oposición a la OEDT previstas en el art. 4 de la Decisión Marco 2002/584, que permite interpretar restrictivamente el ejercicio del perdón legal.

En sexto lugar, la jurisprudencia del TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la capacidad de los tribunales en actuar eficazmente frente a la corrupción y ha analizado la supremacía del Derecho de la UE en su combate. Así, la sentencia de 21 de diciembre de 2021 (asunto *Euro Box Promotion y otros*, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19), la de 18 de mayo de 2021 (asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19) y la de 24 de julio de 2023 (asunto C-107/23, Lin). Estas resoluciones son unánimes en el establecimiento de principios que garantizan la persecución de la corrupción, incluso en el caso de haberse producido una norma penal más favorable, como en el supuesto del cómputo de los plazos de prescripción.

Precisamente, la STJUE de 21 de diciembre de 2021 (asunto *Euro Box Promotion y otros*, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19), ha aplicado los principios de primacía y de efectividad (art 325 TFUE) del Derecho de la Unión Europea, en relación con normativa nacional que pueda generar un riesgo sistémico de impunidad de los hechos constitutivos de delitos graves de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión, o de corrupción en general [parágrafos 192, 212, 213 y conclusiones 2) y 4)]. Y también, desde una concepción transversal del fraude, en su sentencia de 25 de febrero de 2021 (asunto *John Dalli contra la Comisión Europea*, C-615/19 P), el TJUE ha considerado que la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) tiene competencia más allá de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

En resumen, y una vez sentadas estas consideraciones, el marco normativo internacional establece un suelo mínimo obligatorio para todos los estados al fijar los siguientes estándares mínimos en la lucha contra la corrupción:

- i) Las normas internas deben establecer y perseguir eficazmente la malversación de fondos públicos.
- i) Las sanciones deben ser efectivas y disuasorias.
- ii) El producto de los delitos debe decomisarse a sus responsables para su adjudicación y aprovechamiento por la sociedad perjudicada.
- iii) La actuación de los poderes públicos en su combate debe ser eficaz.
- iv) La impunidad no es admisible salvo en circunstancias excepcionales y concurriendo requisitos muy restrictivos.

La amnistía, tanto de delitos sancionados en sentencias firmes como en los asuntos pendientes de juicio supone una rebaja de los estándares mínimos internacionales de calidad democrática, de desarrollo humano y de bases éticas del ejercicio de las funciones públicas. No existen antecedentes internacionales y europeos válidos de una amnistía de tal clase de conductas. La integridad en el ejercicio de las funciones públicas bajo parámetros de estricta legalidad constituye un interés superior de cualquier ordenamiento jurídico democrático, por lo que resulta incompatible con la impunidad de la corrupción, que incluye la malversación.

2.2 La PLOA es contraria a los compromisos internacionales asumidos por España en la lucha contra el terrorismo. Los delitos de terrorismo no pueden ser objeto de una amnistía

Como luego veremos, el art. 2.c) PLOA excluye la posibilidad de acordar la amnistía en relación con 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” CEDH (derecho a la vida y prohibición de torturas o tratos inhumanos o degradantes) “y en el derecho internacional humanitario”.

De la misma forma que hemos explicado en relación con la corrupción, todas las organizaciones internacionales establecen la obligación de perseguir los delitos de terrorismo y, especialmente desde 2001, su financiación. La inclusión de estas conductas en el ámbito de aplicación de la amnistía, descartando únicamente las que, de forma intencionada, hayan causado violaciones graves de derechos humanos, determina una contravención con los compromisos internacionales asumidos por España en esta materia.

a) Organización de Naciones Unidas

En el marco de la ONU se establecen sanciones en determinadas materias como el uso de explosivos y ataques a la navegación marítima y aérea¹². Entre ellas, el art. 1.1.d) del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971 y ratificado por España, obliga a tipificar penalmente y perseguir los actos consistentes en destruir o dañar las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos por su naturaleza constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo. Por otra parte, el art. 2 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999¹³ exige castigar determinadas formas de participación.

Para facilitar la aplicación de las convenciones en la materia, la UNODC publicó en 2021 un “Manual de uso adecuado de medidas no privativas de libertad por delitos de terrorismo” en el que analiza restrictivamente la aplicación de la amnistía en relación con naciones alejadas geográfica y culturalmente en situaciones de conflictos de alta intensidad que exponen el correcto

¹²

https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Legislative_Guide_Universal_Legal_Regime/Spanish.pdf . La lista de convenciones en <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/index.html?ref=menuse>

¹³ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-9850>

funcionamiento del Estado de Derecho¹⁴. En aquellas excepcionales circunstancias y para que las amnistías sean instrumentos eficaces de paz, reconciliación y reintegración, deben diseñarse con mucho cuidado, condicionadas a la necesidad de que el posible beneficiario aporte a cambio verdad, reparación, enmienda o una combinación de todo ello, condiciones que deben ser previas a la aplicación concreta de la medida de gracia y contar con medidas posteriores de supervisión. Nada de esto se atisba en el texto remitido por el Senado para informe.

b) Consejo de Europa

Por otra parte, el art. 5 del Convenio de Varsovia contra el terrorismo, de 2005 y su Protocolo, de los que es parte la Unión Europea, exige la tipificación de determinados delitos de acuerdo con su art. 1, a cuyo tenor, a los efectos del Convenio, se entenderá por “delito terrorista” cualquiera de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación y definidos en uno de los tratados enumerados en su anexo, entre ellos, el ya citado Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. Además, incorpora el castigo de formas de provocación pública para incitar el terrorismo y el art. 15 establece un deber esencial de persecución¹⁵.

c) Unión Europea

La Unión Europea ha ratificado el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa el 26 de junio de 2018. Por lo tanto, como se ha mencionado con anterioridad, ha incorporado en su propio ordenamiento jurídico el texto del Convenio y, por extensión, la exigencia de tipificación de un conjunto de conductas que incluyen las establecidas en el marco de la UNODC, que no sólo no exigen para ser

¹⁴ https://www.unodc.org/pdf/terrorism/UNODC_Technical_Assistance_Handbook_-_Electronic_ENG.pdf

¹⁵ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22018A0622\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22018A0622(01)&from=ES)

considerados “actos terroristas” la ausencia de ciertos resultados, sino que se extienden a formas preparatorias como el fomento, aliento y financiación.

De manera particular, 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 por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo¹⁶, califica los actos terroristas como “una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en los que se basa la Unión. También representan uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros y en los que se fundamenta la Unión” (Considerando segundo).

Esta Directiva tipifica en su art. 3 los delitos terroristas compilando los establecidos en las convenciones internacionales que la preceden. De acuerdo con su dicción literal, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los siguientes actos intencionados, tipificados como delitos con arreglo al Derecho nacional, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, se tipifiquen como delitos de terrorismo”, entre los que se encuentran: “a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico” o “f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos (...)”; siempre que se cometan con alguno de los fines descritos en el apartado 2 del mismo art. 3, que incluyen actos como

¹⁶ <https://www.boe.es/doue/2017/088/L00006-00021.pdf>

“a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”, o “c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional”. Las conductas descritas como terrorismo incluyen la provocación (art. 5), captación (art. 6), adiestramiento (art. 7), los viajes con fines terroristas o su organización o facilitación (arts. 9 y 10), así como su financiación (art. 11) y la complicidad, inducción o tentativa (art. 14).

Como se puede observar, la definición de terrorismo establecida por la Unión Europea no exige siempre y en todo caso un resultado especialmente grave para los derechos humanos, porque supone, en sí misma, una de las violaciones más graves de los derechos humanos. Lo que sí exige la UE es que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar que los delitos enumerados en los artículos 3 a 12 y 14 sean castigados con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, y que los delitos de terrorismo enumerados en el artículo 3 y los enumerados en el artículo 14, siempre y cuando estén relacionados con delitos de terrorismo, sean castigados con penas superiores a las imponibles por el Derecho nacional para tales delitos cuando no concurra la intención especial requerida en el artículo 3. Además, el artículo 16 prevé la posibilidad y condiciones en que las sanciones puedan reducirse, pero en ningún caso se prevé la extinción de la responsabilidad.

La misma Directiva establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sus autoridades competentes embarguen o decomisen, según proceda, de conformidad con la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo el producto derivado de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en la presente Directiva y los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados para tal comisión o contribución” (art. 20.2).

Por lo tanto, el Derecho de la Unión Europea es preciso en cuanto a la definición de determinadas conductas y su sanción, a los efectos de perseguir de manera eficaz este grave fenómeno delictivo y acordar la privación de efectos procedentes del delito.

La PLOA no puede hacer un mero reenvío a efectos interpretativos a una Directiva. Las Directivas no son normas penales de directa aplicación [sobre el efecto directo de las Directivas y su eventual efecto útil, en beneficio del ciudadano, cuando no han sido traspuestas puede verse la STC 13/2017, de 30 de enero y las SSTJUE de 4 de diciembre de 1974 (asunto *Van Duyn*), 5 de abril de 1979 (asunto *Ratti*) y 19 de enero de 1982 (asunto *Becker*)]. Pero es que, además, en este caso, la Directiva (UE) 2017/541 ya fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico penal a través de la LO 1/2019, de 20 de febrero. En consecuencia, no puede existir contraposición entre el CP español y la Directiva UE. Por ello, tampoco se puede establecer una nueva definición de terrorismo distinta de la contenida en el CP, ni eliminar la obligación nacional e internacional de España de perseguir efectiva y disuasoriamente los delitos de terrorismo, con independencia del tipo de resultado producido, pretendiendo introducir así una especie de terrorismo lenitivo amnistiable. Sobre todo ello se insistirá más adelante.

Al intentar obligar al juez español a interpretar de forma restrictiva las normas de lucha contra el terrorismo existentes en el ámbito de la UE, se vulneran igualmente los arts. 83.1 y 19.1 TUE.

En definitiva, el marco normativo internacional, y con él el de la Unión Europea, establece una serie de estándares mínimos que deben ser adaptados en la legislación penal de los estados, y que no atienden a distinciones sobre una concreta finalidad ideológica o política aparentemente justificativa de tales conductas.

El Código Penal español es probablemente uno de los más exhaustivos en la materia y recoge un importante número de conductas, fruto de su propia experiencia histórica. Sin embargo, los términos de la PLOA implican dejar de perseguir toda forma de terrorismo que no sea especialmente grave o no ejecutar las sanciones ya impuestas, por un motivo meramente ideológico, incumpliendo con ello los compromisos internacionales asumidos por España y, en particular, el Derecho de la Unión Europea en una materia dirigida a garantizar las reglas mínimas esenciales de la seguridad pública que permiten la supervivencia del Estado de Derecho y de la convivencia pacífica de la sociedad en su conjunto.

2.3 La PLOA es contraria a los principios y valores europeos recogidos en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea y a los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

a) La PLOA es contraria a los principios y valores europeos recogidos en el art. 2 TUE.

El art. 2 TUE dispone lo siguiente: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Se trata de principios y valores que constituyen la piedra angular sobre la que se edifica toda la UE, y que los Estados miembros se comprometen a promover, de modo que el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado comparte con todos los demás, y reconoce que estos comparten con él, tales valores y principios.

Una propuesta como la PLOA, que afecta con carácter general a la función jurisdiccional (anulando sus decisiones o impidiendo la continuación de su

actuación), implica que no se garantiza debidamente el principio de separación de poderes inherente a todo Estado de Derecho. Los jueces nacionales, que son también europeos, han de disponer de todas las garantías de independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, sin que puedan verse condicionados en su labor jurisdiccional. Los recursos y procedimientos nacionales aplicados por los jueces nacionales constituyen una herramienta del Derecho de la UE, cuando sirven a la realización de la tutela efectiva de estos intereses.

Resulta ilustrativa en este punto la STJUE (GS) de 19 de noviembre de 2019 (asunto AK y otros C-585/18, C-624/18 y C-625/18) que, en sus apartados 120 y 124 señala que *“la independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional (...) reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho [sentencia de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531, apartado 58 y jurisprudencia citada]”* y que *“el principio de separación de poderes (...) caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho”*.

Como se verá con más detalle en el análisis del articulado de la PLOA, esta propuesta legislativa establece normas especiales y excepcionales, previstas para los supuestos que contempla, distintas a las reglas ordinarias de derecho interno, en materias tales como medidas cautelares, enjuiciamiento y ejecución penal, administrativas y contables y plazos de enjuiciamiento, privando a los jueces españoles de su capacidad de actuación y eliminando las vías de recurso efectivo establecidas en el derecho nacional para la tutela de los intereses de la UE (no sólo en materia de terrorismo o protección de los intereses financieros de la UE sino también en materia de administración de la justicia).

En particular, la PLOA pretende limitar el alcance, objeto y efectos de algunos instrumentos normativos y de cooperación típicamente europeos como la cuestión prejudicial ante el TJUE (art. 267 TFUE)¹⁷ y la orden europea de detención y entrega (regulada por la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002, actualmente incorporada al Derecho español por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre)¹⁸. Esto constituye una severa restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 CDFUE que, conforme a lo dispuesto en el citado art. 52.1 CDFUE, solo está justificada cuando “sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”, lo que no ocurre con la PLOA, por los motivos ya expuestos en apartados anteriores de este informe.

En efecto, las disposiciones del art. 4, en sus apartados a), b), c) y d) PLOA, imponen al juez nacional levantar las medidas cautelares adoptadas, lo que supone un menoscabo del procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico español y comunitario, dado que no le permite tutelar los bienes e intereses comunitarios que podrían verse afectados, como ocurre con la lucha contra el fraude, el terrorismo o la cooperación judicial. Esta abrogación del Derecho europeo no se salva por la mera inclusión, al comienzo del art. 4 de la PLOA, de la fórmula “sin perjuicio de lo dispuesto (...) en el artículo 267 TFUE”, pues se elimina la efectividad de la tutela judicial del derecho de la UE mediante el mandato imperativo a los jueces para aplicar, en todo caso, perentoria e irrevocablemente, la impunidad, aunque cuestionen prejudicialmente el levantamiento de las medidas cautelares.

¹⁷ Tal y como ha sido definida e interpretada en las SSTJUE de 4 de junio de 2015 (asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems* C-5/14, apartado 37), de 11 de septiembre de 2014 (asunto *A c. B y otros* C-112/13, apartado 37), y 22 de junio de 2010 (asunto *Aziz Melki y Sélim Abdeli* C-188/10 y C-189/10, apartados 38 y 41).

¹⁸ Tal y como ha sido definida e interpretada en las SSTJUE de 24 de noviembre de 2020 (asunto *Openbaar Ministerie* C-510/19, apartado 42), 27 de mayo de 2019 (asunto *OG y PI* C-508/18 y C-82/19, apartados 53 y 55) y 28 de abril de 2022 (asunto *C y CD* C-804/21, apartado 65).

Sin duda, el supuesto más llamativo de vulneración del Derecho europeo es el artículo 4.b) de la PLOA cuando dispone que el “órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dejar sin efecto (...) las órdenes (...) europeas (...) de detención” (OEDEs). La regulación de la OEDE es una materia propia de la UE que persigue eliminar la impunidad y cuya competencia es exclusiva del juez, conforme señalan las SSTJUE de 8 de diciembre de 2022 (asunto *CJ, C-492/22 PPU*) y de 31 de enero de 2023 (asunto *Puig Gordi y otros C-158/21*). Por lo tanto, la exigencia de alzamiento de la medida y de archivo del procedimiento establecida en la PLOA es contraria a la vía judicial establecida por el Derecho de la Unión, impidiendo la aplicación efectiva de un instrumento europeo.

Si algún juez español decidiera plantear una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) y no se le deja mantener o acordar medidas provisionales o cautelares hasta la resolución por parte del TJUE, el efecto útil de la cuestión prejudicial se vería totalmente eliminado, lo que sería contrario a la doctrina del TJUE en sus sentencias de 19 de junio de 1990 (asunto *Factortame C-213/89*, apartado 21) y de 11 de septiembre de 2014 (asunto *A c. B y otros C-112/13*, apartado 37). La regulación que efectúa la PLOA supone un impedimento para la efectividad que podría tener la resolución que dictara el TJUE.

Y otro tanto puede decirse respecto del sistema de recursos, según STJUE de 26 de septiembre de 2018 (asunto *X e Y C-180/17*, apartado 29), o la ejecución efectiva de las sentencias, según STJUE de 30 de junio de 2016 (asunto *DGRPF Brasov/Toma C-205/15*).

b) La PLOA implica una desprotección de los intereses financieros de la Unión Europea.

El ordenamiento jurídico de la UE (en particular, la Directiva 2017/1371, ya citada) contempla claramente una prevención contra el fraude incluyendo una sanción efectiva y disuasoria de los delitos que afectan a los intereses financieros

de la UE (entre los que se encuentra la malversación) que se ve totalmente quebrantada al considerar amnistiable, de una manera amplia y sin concreción alguna en la PLOA, una serie de conductas corruptas, que privarían de sanción efectiva a las conductas defraudatorias que afectan a los intereses financieros de la UE, generando un panorama de impunidad. La PLOA no respeta los estándares mínimos contemplados en la legislación de la UE, y además contradice palmariamente la reciente doctrina del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2021 (asunto *Eurobox* C-357/19), en el auto de 7 de noviembre de 2022 (asunto *FX* C-859/19), y en las SSTJUE de 24 de julio de 2023 (asunto *Lin* C-107/23) y 22 de febrero de 2022 (asunto *RS* C- 430/21), que sancionaron como contraria al Derecho de la UE, por no proteger los intereses financieros de ésta, ni luchar contra la corrupción, la legislación interna de Rumanía (incluso su jurisprudencia constitucional).

La introducción en los arts. 1.1 y 1.4 de la posible inmunidad para la malversación sin propósito de enriquecimiento, frente a una malversación con enriquecimiento que no sería amnistiable, además de introducir una discriminación no justificada desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el uso adecuado de los fondos públicos), sigue siendo lesiva para la protección de los intereses financieros de la UE mediante una persecución eficaz y disuasoria, contraviniendo así los compromisos asumidos por España en esta materia, como ya se expuso.

c) La PLOA es contraria al principio de seguridad jurídica (arts. 47 y 49 CDFUE)

La indeterminación de los supuestos incluidos y excluidos del ámbito de la amnistía, como luego se verá, resulta particularmente manifiesta. No se limita a identificar a unos sujetos, ni un periodo de comisión de delitos, ni unos acontecimientos concretos, ni unos determinados tipos delictivos, ni un grado de participación y ejecución de los hechos, sino que establece una cláusula general que afecta a todos los hechos delictivos cometidos con una determinada finalidad ideológica, aunque no se encuentran directamente relacionados con las consultas realizadas en 2014 y 2017.

Esta regulación abierta, es contraria a la exigencia de *lex certa* y de seguridad jurídica que se contempla en los artículos 47 y 49 CDFUE. Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras y precisas [ver, en tal sentido, STJUE de 16 de febrero de 2022 (asunto *Hungría c. Parlamento y Consejo* C-156/21, apartado 223)].

d) La PLOA es contraria al principio de igualdad (arts. 20 y 21 CDFUE)

El principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho de la Unión establecido en los arts. 20 y 21 CDFUE. Así ha sido establecido de manera reiterada por el TJUE [ver, en tal sentido, STJUE de 14 de septiembre de 2010 (asunto *Azko Nobel* C- 550/07)], que exige la explicitación de una justificación objetiva y razonable para establecer una diferencia de trato, por parte de la norma nacional, ausente en la EM de la PLOA. Es público y notorio que su razón de ser no es “el restablecimiento de la convivencia social e institucional” sino la necesidad de cumplir un acuerdo de investidura. La PLOA (art. 1, 3, 4, 5 y 8) acaba incurriendo en una discriminación favorable, no justificada, por razón de una determinada ideología, mientras que se mantiene la punibilidad de las mismas infracciones, ejecutadas con otros propósitos, en el mismo tiempo y espacio, para el resto de los ciudadanos. Discriminación que también se observa en la distinción entre la malversación con enriquecimiento personal o sin él.

A mayor abundamiento, en el párrafo once del apartado V de la EM se ha introducido una cláusula de salvedad respecto de las cuestiones prejudiciales del art. 267 del TFUE que establece una aplicación desigual de éstas en el territorio español por razón de la amnistía, como luego se verá.

e) La aplicación de una norma estatal contraria al Derecho de la Unión Europea vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva de una selección irrazonable y arbitraria de la norma [ver, en tal sentido, la STC

232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5.c), con cita de la STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6].

f) El incumplimiento de los estándares europeos en materia de Estado de Derecho (art. 2 TUE) podría activar los mecanismos previstos en el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. Un Reglamento que, según su preámbulo (apartado 7), está basado en el “respeto del Estado de Derecho” como una “condición esencial para cumplir el principio de buena gestión financiera establecido en el artículo 317” TFUE, dado que (apartado 13), existe “una clara relación entre el respeto del Estado de Derecho y la ejecución eficiente de presupuesto de la Unión de conformidad con el principio de buena gestión financiera”. Un Reglamento que ha sido validado por las SSTJUE de 16 de febrero de 2022 (asunto *Hungría y Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* C-156/21 y 157/21, respectivamente).

3. El TJUE y el TEDH no avalan la compatibilidad de la PLOA con el Derecho de la Unión Europea.

Como ya se anticipó, las reseñas jurisprudenciales y normativas europeas que se contiene en el apartado I de la EM de la PLOA no permiten avalar la compatibilidad de esta propuesta legislativa con el Derecho de la Unión Europea.

a) Análisis de las sentencias del TJUE.

i) STUE de 29 de abril de 2021 (asunto X C-665/20).

Según la EM, en esta sentencia se reconoce la posibilidad de la existencia de amnistías y se establece que la misma “tiene por finalidad despojar de su carácter delictivo a los hechos a los que se aplica, de tal modo que el delito ya no pueda dar lugar al ejercicio de acciones penales y, en caso de que ya se haya

impuesto condena, que se ponga fin a su ejecución, implica por tanto, en principio, que la sanción impuesta ya no pueda ejecutarse”.

Sin embargo, esta sentencia no es aplicable al caso que nos ocupa, ya que responde a la interpretación del Derecho Europeo sobre el principio *non bis in idem*. Más en concreto, sobre la interpretación del art. 4.5 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, (en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009). Los hechos consistían en que el 19 de septiembre de 2019, el *Amtsgericht Tiergarten* (Tribunal de lo Civil y Penal de Berlín-Tiergarten) emitió contra X una orden de detención europea por la que se solicitaba su entrega para el ejercicio de acciones penales por ciertos hechos que presuntamente cometió en Berlín (Alemania) el 30 de octubre de 2012. [Presuntamente, X ató a Y, su pareja en el momento de los hechos, y a Z, la hija de Y, de diez años edad, amenazándolas con un cuchillo. A continuación, violó a Y antes de mutilarla. Antes de abandonar la vivienda de Y, bloqueó las puertas de las respectivas habitaciones en las que Y y Z estaban atadas con el fin de causarles la muerte]. X fue juzgado en Irán por los hechos indicados, con excepción de la detención ilegal de Y, delito este que, en sus elementos materiales, quedó subsumido en la tentativa de homicidio voluntario de esta última. Al término del proceso sustanciado en Irán, X fue penalmente condenado mediante sentencia firme por la agresión con lesiones graves infligida a Y y por las tentativas de asesinato de Y y Z. En cambio, fue absuelto mediante sentencia firme de los cargos de violación de Y y de detención ilegal de Z. Con arreglo al Derecho iraní, X solo tuvo que cumplir la más grave de las penas privativas de libertad que le fueron impuestas en este Estado por los hechos por los que fue condenado mediante sentencia firme, a saber, una pena privativa de libertad de siete años y seis meses. De esta pena, X ya había cumplido la mayor parte. Se le concedió la remisión de la pena restante en el marco de una medida general de amnistía proclamada por el líder supremo del país con ocasión del 40 aniversario de la Revolución iraní.

La cita que se hace de esta sentencia para la defensa de la amnistía como instrumento del derecho de gracia reconocido en el ámbito de la UE carece, dicho en términos benévolos, de rigor técnico-jurídico: (i) en primer lugar, porque la propia sentencia no se pronuncia sobre la aplicación de la amnistía aprobada por un Estado miembro, sino por un tercer Estado, Irán, que no forma parte del espacio común europeo y, por tanto, no sujeto al principio de confianza mutua; (ii) en segundo lugar, porque la suspensión de la ejecución de la orden europea de ejecución no es automática en este caso, sino que, como señala el apartado 103 de la sentencia, *“al ejercer el margen de apreciación de que dispone, la autoridad judicial de ejecución debe ponderar, por una parte, la prevención de la impunidad y la lucha contra la delincuencia y, por otra parte, la garantía de la seguridad jurídica de la persona de que se trate, en pro de la consecución del objetivo asignado a la Unión de constituir un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con el artículo 67 TFUE, apartados 1 y 3”*. Lo que viene a señalar el Tribunal en este caso es que la autoridad judicial de ejecución debe ponderar las circunstancias de otorgamiento de aquella amnistía, para prevenir la impunidad de los delitos cometidos y la garantía de la seguridad jurídica del condenado en un tercer país por los mismos delitos por los que era perseguido en Alemania, disponiendo, no obstante, del margen de apreciación que le es reconocido por tratarse de una amnistía concedida por un Estado ajeno a la UE; (iii) por último, habría que añadir que esta STJUE se ha dictado en un contexto muy específico como es el de la incidencia de la amnistía concedida en un tercer Estado al autor responsable de una serie de delitos por los que fue condenado en dicho Estado, puede ser susceptible de ser aceptada, dentro de la UE, por dos Estados miembros, el de emisión (en este caso, Alemania) y por el de ejecución (Holanda). Es decir, que, ni siquiera ofrece un planteamiento general del alcance y eficacia de esta gracia extraordinaria dentro de la UE.

En definitiva, el TJUE señala específicamente que corresponde a la autoridad judicial de ejecución, dentro del margen de apreciación que le corresponde, ponderar la prevención de la impunidad y la lucha contra la delincuencia con la

garantía de seguridad jurídica (prohibición del *bis in idem* procesal) de la persona de que se trate. Consecuentemente, frente a la aplicación automática de una pretendida amnistía, el TJUE considera que existe una facultad de ponderación judicial que permite interpretar restrictivamente el ejercicio del perdón legal.

En todo caso, resulta especialmente llamativo que se utilice este supuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos y que la amnistía no había sido otorgada por un Estado de la Unión Europea, sino por las autoridades de un régimen político muy alejado de los estándares europeos en la protección de los derechos fundamentales.

A pesar de todo ello, el art. 4, b) PLOA elimina toda posibilidad de apreciación judicial en los casos de órdenes europeas de detención, al imponer que queden sin efecto.

ii) STJUE de 16 de diciembre de 2021 (asunto *AB y otros* C-203/20)

Según la EM de la PLOA, el Tribunal estableció la “posibilidad de archivar diligencias penales y de poner fin a las penas, basándose en resoluciones judiciales al amparo de una amnistía resultante de un procedimiento de índole legislativa”. En realidad, el litigio de fondo era la posibilidad de emisión de una orden de detención europea contra una persona que había sido objeto de diligencias penales que inicialmente se archivaron a causa de una resolución judicial firme adoptada al amparo de una amnistía concedida por el Presidente del gobierno de Eslovaquia en 1998, y que se reanudaron tras la aprobación de una ley del año 2017 por la que se revocó esa amnistía y se anuló la referida resolución judicial (apartado 34), revocación que fue confirmada por el Tribunal Constitucional de ese país. La STJUE admite la emisión de una orden en esas circunstancias. De hecho, la resolución del TJUE incluso podría entenderse como incompatible con el planteamiento de los promotores de la PLOA.

En efecto, el apartado 61 de la sentencia señala que “no se opone a la emisión de una orden de detención europea contra una persona que ha sido objeto de diligencias penales que inicialmente se archivaron a causa de una resolución judicial firme adoptada al amparo de una amnistía y que se reanudaron tras la aprobación de una ley por la que se revocó esa amnistía y se anuló la referida resolución judicial, en caso de que esta última se hubiera adoptado con carácter previo a cualquier tipo de apreciación de la responsabilidad penal de la persona interesada”. Es decir, que no se opondría al Derecho de la UE aquella norma legislativa posterior de un Estado miembro de la UE que, por su virtud, derogara la ley de amnistía anteriormente aprobada y, por ende, autorizara la reapertura de diligencias penales contra las personas incursoas en causas penales que quedaron archivadas sin haber sido juzgadas en firme como consecuencia de la aplicación de una amnistía aprobada por la ley derogada, permitiendo de ese modo la remisión de órdenes europeas de detención contra esas personas.

Es evidente que la cita de esta sentencia en el preámbulo de la Ley resulta, cuanto menos, poco afortunada dado que el ámbito objetivo de la amnistía previsto en el art. 1 PLOA no parece resultar compatible con esta doctrina del TJUE. Conforme a esta, el archivo acordado en unas diligencias penales aún no conclusas y pendientes de resolución judicial firme, en aplicación de una ley de amnistía, no impediría la expedición ulterior de una orden europea de detención y, por consiguiente, la previa reapertura de aquellas diligencias, si una ley nacional de amnistía posterior deroga la anterior. Es decir, el principio *non bis in idem* procesal solo se aplica cuando se haya examinado el asunto respecto del fondo. Examen que no parece viable a la vista de lo propuesto en el art. 11 PLOA, que impone el sobreseimiento libre de las actuaciones, sin posibilidad alguna de examinar el fondo del asunto desde la perspectiva de la culpabilidad o no de la persona encausada.

b) Análisis de las sentencias del TEDH

Según la EM, el TEDH ha reconocido la “validez y oportunidad política de la amnistía, fijando como límite las graves violaciones de los derechos humanos”, citando como ejemplo la STEDH de 27 de mayo de 2014 (asunto *Marguš v. Croacia*). En este caso concreto, el demandante era un ciudadano croata que en 2007 fue condenado en ese país, como ex comandante del ejército croata, por crímenes de guerra contra la población civil. Se alegó la vulneración de su derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial y a defenderse personalmente, y que los delitos penales por los que había sido condenado eran los mismos que habían sido objeto de un procedimiento contra él finalizado en 1997 en aplicación de la Ley de Amnistía General aprobada en Croacia tras la guerra (art. 6 CEDH y art. 4 del Protocolo 7 del CEDH). El TEDH declaró la no violación del artículo 6 (derecho a un juicio justo) y la no aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo 7 (*non bis in ídem*). El TEDH señaló la existencia de una tendencia creciente en el derecho internacional a considerar inaceptable la concesión de amnistías con respecto a violaciones graves de los derechos humanos (apartado 139); y que esta posibilidad podía verse limitada por los Tratados en los que el Estado sea parte (apartado 132). No obstante, el TEDH concluye que “*incluso si se aceptara que las amnistías son posibles cuando existen algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación y una forma de compensación a las víctimas*”, la amnistía concedida en ese caso “*sigue sin ser aceptable ya que no hay nada que indique que hayan concurrido tales circunstancias*” (apartado 139).

Este precedente jurisprudencial tampoco sirve para dar cobertura internacional a una iniciativa legislativa interna de un Estado miembro del Consejo de Europa, no sólo porque el presupuesto de hecho a que se refiere el TEDH era de una inusitada gravedad, no comparable con los hechos a los que pretende ser aplicada la amnistía en España, sino porque el Tribunal se limitó a enjuiciar ese supuesto de hecho específico. Se trata de una sentencia que aborda un asunto radicalmente diferente a los que constituyen el ámbito de aplicación de la PLOA y, en todo caso, el hecho de que los tratados internacionales puedan limitar la concesión de una amnistía en supuestos de graves violaciones de los derechos

humanos no implica, en modo alguno, que se permita necesariamente en todos los demás casos.

De todo lo expuesto hasta ahora en relación con la jurisprudencia emanada de los Tribunales Europeos que se citan en la EM, no es posible extraer conclusión alguna que pueda avalar la adecuación de la PLOA a la CE de 1978. Esta vertiente del derecho de gracia, como la del indulto, son cuestiones en las que las normas convencionales de la UE y su interpretación por los Tribunales correspondientes parten de un mismo y único presupuesto, que es el del reconocimiento de la soberanía de los Estados miembros de la UE o del Consejo de Europa para establecer sus propios ordenamientos internos y los Tribunales e instrumentos jurídicos necesarios para examinar la adecuación de los mismos a los correspondientes textos constitucionales.

En el caso del TJUE, solo entra a enjuiciar las normas internas de un Estado miembro, por la vía de la cuestión prejudicial planteada por los tribunales nacionales, cuando aquellas vienen a contradecir lo dispuesto en las normas y disposiciones de la UE, para poner de manifiesto la vigencia del principio de primacía de la UE sobre preceptos de normas del Derecho interno del Estado afectado, pero en ningún caso extienden su pronunciamiento más allá de los estrictos límites de entender o no conformes con el Derecho de la UE las normas nacionales que son sometidas a su enjuiciamiento.

El TEDH, por su parte, ni siquiera enjuicia el contenido de normas del Derecho interno de los Estados miembros del Consejo de Europa, sino que se limita a aplicar el CEDH y sus Protocolos a los casos particulares que son sometidos a su enjuiciamiento para determinar si, en la aplicación de las normas internas del Estado miembro, han sido o no vulnerados los derechos del CEDH.

Por tanto, la cita de esta jurisprudencia europea en nada contribuye a fortalecer argumentativamente la tesis de que la amnistía que se pretende aprobar en

España es conforme con los Tratados de la UE o con el CEDH y sus Protocolos adicionales.

V. LA COMISIÓN DE VENECIA NO AVALA LA COMPATIBILIDAD DE LA PLOA CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA NI CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Consideraciones generales

La denominada “Comisión de Venecia” (en adelante, CV), cuyo nombre oficial es la “Comisión Europea para la Democracia por el Derecho”, es un órgano consultivo del Consejo de Europa. Su misión es servir de apoyo y asistencia a los estados miembros, en particular, a aquellos estados que desean alinear sus estructuras institucionales y legales conforme a los estándares europeos y las experiencias internacionales en materia de democracia, derechos humanos y Estado de Derecho. Creada en el año 1990, cuenta actualmente con 61 estados miembros, incluyendo los 46 del Consejo de Europa, además de cuatro países observadores y otros dos con los que se mantiene una especial colaboración. La CV desarrolla su labor en tres áreas fundamentales: instituciones democráticas y derechos fundamentales; sistemas judiciales ordinarios y constitucionales; y sistemas electorales, referéndums y partidos políticos. Los estatutos de la CV fueron aprobados, en su versión vigente, por la Resolución (2002)3, de 21 de febrero, adoptada por los representantes del Comité de Ministros de los estados miembros; mientras que sus reglas procedimentales figuran recogidas en la CDL-AD (2018) 018-e, adoptada en su reunión plenaria del mes de octubre de 2018.

Debido a su naturaleza y régimen jurídico, y a su condición de órgano compuesto por países de muy distinta cultura jurídica, las opiniones o dictámenes de la CV no se pueden pronunciar sobre la constitucionalidad o no de una norma como la PLOA ni sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. Ello

supondría la asunción de funciones propias del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No obstante, la doctrina general emanada de esta Comisión, así como las Opiniones emitidas sobre concretos proyectos de amnistía, incluido la PLOA, permiten descartar que la CV pudiera avalar el contenido de esta proposición de ley, desde la perspectiva de su adecuación a los estándares europeos sobre el Estado de Derecho, como seguidamente se expondrá.

2. La doctrina y las Opiniones de la Comisión de Venecia sobre el Estado de Derecho y las leyes de amnistía

La Comisión de Venecia ha elaborado una sólida doctrina sobre los requisitos que ha de reunir un Estado de Derecho, recogidos, entre otros instrumentos, en la denominada “Lista de verificación del Estado de Derecho”. Estos requisitos, a su vez, han sido trasladados a las Opiniones de la Comisión que han analizado dos concretos proyectos de amnistía, uno de ellos la propia PLOA, desde la perspectiva de su compatibilidad con los estándares europeos en esta materia. A continuación, se expondrá brevemente el contenido de estos informes y opiniones, para su ulterior valoración.

2.1 La denominada “Lista de verificación del Estado de Derecho” (Rule of Law Checklist).

Este texto fue aprobado en la 106ª sesión plenaria celebrada en el mes de marzo de 2016 [CDL-AD (2016) 007, de 18 de marzo de 2016] y, a su vez, se basa en el Informe sobre Estado de Derecho, aprobado en la 86ª sesión plenaria celebrada en el mes de marzo de 2011 [CDL-AD (2011) 003 rev, de 4 de abril de 2011]. Conforme al contenido de esta *checklist*, un Estado de Derecho ha de respetar, entre otros, los siguientes criterios:

-Apartado II.A.5: El procedimiento legislativo ha de ser transparente, inclusivo, responsable y democrático. Ello significa que ha de estar abierto a las aportaciones de los diferentes sectores sociales y al análisis de su impacto.

-Apartado II.B.3.i: Seguridad jurídica. La norma ha de estar redacta de tal forma que su interpretación y aplicación sea razonablemente previsible.

-Apartado II.B.7: Aplicación de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Toda norma penal ha de estar redactada con claridad y precisión, como presupuesto para su interpretación y aplicación.

-Apartado II.D.3.iii: Igualdad ante la ley. Las normas no pueden introducir diferencias de trato no justificadas o basadas en criterios específicos o individuales, no generales.

2.2 La Opinión de la Comisión de Venecia de 11 de marzo de 2013.

La nueva redacción de los apartados V y VI del Preámbulo de la PLOA, introducidos mediante enmiendas transaccionales aprobadas por la Comisión de Justicia del Congreso en su reunión del pasado día 7 de marzo de 2024, contiene varias referencias a la Comisión de Venecia y, en particular, a la Opinión aprobada en su 94ª sesión plenaria celebrada en el mes de marzo de 2013. Se trata, en lo que ahora interesa, de la Opinión sobre las disposiciones relativas a los presos políticos en la Ley de Amnistía de Georgia [CDL-AD (2013) 009, de 11 de marzo]. La EM de la PLOA señala que la citada Opinión de la CV “enfaticaba la importancia de mantener una distinción clara entre el poder legislativo y el judicial en la implementación de la amnistía, asegurando el respeto por la autonomía judicial y los principios democráticos”. De esta manera, “corresponde al poder legislativo el establecimiento de los criterios para ser beneficiado por la amnistía y corresponde al poder judicial identificar a las concretas personas comprendidas en el ámbito de aplicación establecido por el legislador”.

Según puede deducirse de su texto (apartado 13), el objeto de esa Opinión se limitaba exclusivamente al análisis del art. 22 de una Ley de Amnistía de Georgia, aprobada el 22 de diciembre de 2012, en la medida en que se remitía a una resolución del parlamento de ese país aprobada tres días antes, en la que se incluía un listado de personas consideradas como presos políticos, que serían objeto de la amnistía. Para la CV, al optar por enumerar los nombres de las personas a quienes se aplicaría la norma, el Parlamento sustituyó al Poder Judicial, al que, en principio, debería haberse encomendado decidir si las personas cumplían los criterios que el Parlamento hubiera determinado (apartado 43).

2.3 La Opinión de la Comisión de Venecia sobre la PLOA

En fecha 15 de marzo de 2024, y en el marco de su 138ª sesión plenaria, la Comisión de Venecia ha aprobado su Opinión sobre la PLOA [CDL (2024)011].

Lo primero que conviene señalar es que este informe se basa en el texto de la PLOA correspondiente a su redacción inicial, es decir, al de su fecha de presentación en el registro del Congreso de los Diputados (13 de noviembre de 2023), aunque se hace eco de algunas de las modificaciones introducidas en la tramitación parlamentaria seguida ante esa cámara legislativa.

En segundo lugar, la propia CV afirma en su apartado 10, es decir, prácticamente desde el inicio de su dictamen, que no le corresponde enjuiciar la compatibilidad de la PLOA con la CE ni con el Derecho de la UE, entendiendo que tales controles corresponden al Tribunal Constitucional y al TJUE, respectivamente.

En cuanto a su contenido, la Opinión se inicia con una descripción del procedimiento legislativo seguido, para luego hacer un análisis comparativo de las disposiciones sobre la amnistía existentes en los Estados Miembros de la Comisión. A continuación, se exponen los requisitos que, según la CV, ha de

seguir cualquier proyecto normativo sobre amnistía desde la perspectiva de las reglas del Estado de Derecho. Seguidamente, la Opinión analiza la PLOA y su compatibilidad con los estándares europeos sobre Estado de Derecho y, singularmente, sobre la amnistía de delitos de terrorismo, malversación y corrupción, y sobre las facultades procesales de la jueces y tribunales. De esta manera, la CV responde a las concretas cuestiones comprendidas en la petición de informe formulada por el Presidente del Senado de España, a través del Presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Como no podría ser de otra manera, la Comisión de Venecia reitera sus criterios sobre los estándares que debe seguir una Ley de amnistía, desde la perspectiva del cumplimiento de las reglas del Estado de Derecho, que ya se habían establecido en sus Informes y Opiniones anteriores que, en lo sustancial, ya han sido reseñadas.

Las conclusiones y recomendaciones de la Comisión de Venecia sobre la PLOA se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) La Comisión considera que debe definirse de una manera más precisa el ámbito material y temporal de aplicación de la amnistía, para hacer más previsibles los efectos de la ley. Y, en tal sentido, suscita preocupación la reciente ampliación del ámbito temporal en dos meses, sin justificación. Además, recomienda establecer un nexo causal más cercano entre las consultas, su preparación y consecuencias, y los delitos de malversación y corrupción, de forma que sirva de principio de interpretación de la aplicación de la amnistía. Respecto de la exclusión de los delitos de terrorismo, el principio es que las amnistías sólo son compatibles con los estándares internacionales si no incluyen violaciones graves de los derechos humanos (apartado 114).

b) Según la Comisión, la PLOA no plantea problemas de separación de poderes ante la previsión del levantamiento de las órdenes de búsqueda, de la detención y de las medias cautelares, aunque, como ya se ha expuesto, la Comisión no

contiene análisis alguno de constitucionalidad. Lo que sí afirma es que la interpretación de la PLOA ha de efectuarse de manera que no debe privar a los jueces de la facultad de revisar los efectos prácticos de la propia Ley (apartado 115).

c) Finalmente, la Comisión de Venecia aprecia que la PLOA ha sido presentada como proposición de ley, que es un procedimiento sin consulta pública, ni a los actores ni a otras instituciones estatales, y que se han tramitado por el procedimiento de urgencia. Además, la PLOA ha agrandado la profunda y fuerte división de la clase política, de las instituciones, de la judicatura, de la academia y de la sociedad en España. Por ello, la CV anima a las autoridades españolas y a los partidos políticos a que tomen las medidas necesarias, y en el plazo adecuado para establecer un diálogo significativo, en el espíritu de cooperación leal con las instituciones estatales y con la mayoría de la oposición, a fin de alcanzar una reconciliación política y social y al objeto de que exploren posibles procedimientos de justicia restaurativa. Respecto de las consideraciones sobre la necesidad de una amplia mayoría cualificada para la aprobación de las amnistías, la Comisión recomienda a las autoridades alcanzar una mayoría cualificada más amplia que la mera mayoría absoluta propia de las leyes orgánicas (apartado 117).

3. Valoración y conclusiones

Como ya se ha anticipado, y como se expondrá igualmente más adelante, la PLOA no cumple con algunos de los estándares europeos sobre Estado de Derecho recogidos en las Opiniones de la Comisión de Venecia.

En primer lugar, no se entiende que el Preámbulo haya acudido como argumento de legitimación de este proyecto normativo a una Opinión de la Comisión de Venecia que, en realidad, no hace otra cosa que poner de manifiesto sus notorias carencias. La Ley de Amnistía de Georgia puede considerarse un proyecto normativo singular, hasta el punto de que ofrecía un listado de personas

amnistiables. Ni siquiera la PLOA ha llegado tan lejos, aunque las sucesivas negociaciones y trámites parlamentarios pudieran sugerir una cierta voluntad en tal sentido. Sin embargo, la citada Opinión de la Comisión de Venecia dice algunas cosas más.

Para empezar, señala que las leyes de amnistía deben respetar los principios de legalidad del Estado de Derecho, la prohibición de arbitrariedad, la no discriminación y la igualdad ante la Ley (apartado 34). También señala que los criterios para seleccionar los casos [a los que sería aplicable la norma] no fueron revelados al público, por lo que el procedimiento carece del elemento de transparencia necesario (apartado 39) y, por lo tanto, parece ser arbitrario (apartado 49). Además, la norma no especificaba qué delitos están cubiertos ni durante qué periodo (apartado 48).

Se trata de unas deficiencias que, en realidad, podrían ser perfectamente predicables de la PLOA. Y otro tanto ocurre con la Opinión de esta Comisión sobre la propia PLOA que, como ya se ha expuesto, tampoco permite avalar su compatibilidad con los estándares europeos ni con la CE.

Su tramitación parlamentaria a través de una proposición de ley ha impedido recabar los informes de los órganos consultivos correspondientes (Consejo de Estado, Consejo General del Poder Judicial y Consejo Fiscal, significativamente). Su tramitación urgente ha imposibilitado un estudio sosegado sobre el impacto de la norma para la consecución de los fines que se dicen pretender. A pesar de los esfuerzos argumentativos contenidos en el apartado VI del Preámbulo de la PLOA, la notoria indeterminación de los ámbitos subjetivos y objetivos, así como de su delimitación temporal de aplicación introducen unos factores de imprevisibilidad contrarios a los más elementales principios de certeza predicables de una norma de carácter penal. Y otro tanto ocurre con la ausencia de criterios objetivos que justifiquen razonablemente las conductas incluidas y excluidas, lo que no permite valorar esta propuesta

legislativa de otra forma que de arbitraria y contraria al principio de igualdad ante la Ley. Sobre todo ello se insistirá más adelante.

VI. ANALISIS DEL PREÁMBULO DE LA PLOA

1. Consideraciones generales

La PLOA presenta, de entrada, un inusual preámbulo, dada su considerable extensión en relación con el contenido del texto normativo que le sigue a continuación. Igualmente, también como una consideración preliminar, llama poderosamente la atención el reiterado afán de la exposición de motivos por aportar una numerosa relación de argumentos tendentes a justificar, de una parte, las razones de su conveniencia para los intereses generales de nuestro País “como pueda ser la necesidad de superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados”, así como para el normal desenvolvimiento de la convivencia en la sociedad española, que se vio alterada por los acontecimientos que se sucedieron en Cataluña en octubre de 2017 y dos años más tarde, en 2919 cuando, con ocasión de la sentencia de 14 de octubre de dicho año de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que condenó a buena parte de las personas que habían dirigido los hechos delictivos relacionados con el denominado *procés*, se produjeron graves altercados en diversas ciudades e infraestructuras importantes de Cataluña. De otro lado, el preámbulo es reflejo del particular interés por justificar la bondad constitucional de la norma, estableciendo diferentes parámetros y términos de comparación que, ya hemos de anticipar, no desvirtúan la inconstitucionalidad de una norma que pretende ser aprobatoria de una amnistía, con independencia de las consideraciones que, en general, hemos ya advertido en apartados anteriores, sobre la eventual inconstitucionalidad de cualquier iniciativa legislativa que tienda a aprobar la concesión de la misma.

El análisis pormenorizado del texto del Preámbulo nos lleva a realizar, como consideración preliminar que la misma contiene una serie de argumentos que

deben ser rebatidos, desde una perspectiva que, en el plano estrictamente jurídico, valore su suficiencia y razonabilidad para la justificación de esta iniciativa legislativa. Para ello es necesario, con carácter previo, abordar el valor normativo de la misma, para luego analizar algunas de las líneas argumentales con las que se pretende validar esta iniciativa, y que afectan de manera singular al correcto entendimiento del sistema de Justicia en un Estado social y democrático de Derecho, así como a principios jurídicos elementales.

Como ya se expuso en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 7), con cita de la STC 36/1981, de 12 de noviembre (FJ 2), un *“preámbulo no tiene valor normativo (...) Ahora bien, carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico”*. Más en concreto, los preámbulos o las exposiciones de motivos *“tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de [las] normas”* y, por lo tanto, no son *“inaccesibles a un pronunciamiento de [la] jurisdicción [constitucional] en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa”*.

En el caso de la PLOA, la falta de previsión expresa de una habilitación constitucional para una medida de este tipo convierte a la exposición de motivos en un elemento integrado en el eje mismo del cuerpo normativo. En una medida como esta, es tan importante el “qué” como el “por qué”. De hecho, el “qué” solo puede venir definido por el “por qué”, es decir, el articulado es tributario de las razones que justifican el texto, y que definen los parámetros básicos sobre los que aquel se desarrolla. Solo puede ser amnistiado aquello que merece ser amnistiado. Por lo tanto, las razones que justifican la amnistía son tanto o más importantes como las disposiciones que así la acuerdan. En todo caso, y más allá de la consideración sobre su valor normativo, la EM ha de contener los motivos por los que se concede la amnistía, que habrán de ser adecuados a los principios y valores constitucionales que puedan justificar una exención de responsabilidad criminal.

2. Los antecedentes históricos de la amnistía en España no pueden utilizarse como fundamento de la constitucionalidad de esta amnistía

Uno de los motivos que se esgrimen, ya desde el apartado I de la EM, para justificar esta propuesta legislativa es la utilización “en numerosas ocasiones” de la figura de la amnistía que, por lo tanto, no sería una “vía novedosa” en “nuestra tradición jurídico-política”. Tal afirmación, tendente a valorar como normal esta, sin duda, excepcional iniciativa legislativa, no puede asumirse de forma acrítica o, al menos, sin una puntualización elemental, como es el hecho de que las amnistías anteriores fueron concedidas en unos contextos sociales, políticos y, sobre todo, jurídicos, radicalmente distintos al actual.

Así, por poner algunos ejemplos significativos, el art. 74.5 de la Constitución de 1869 autorizaba al Rey, mediante ley especial, a conceder amnistías e indultos generales. Por su parte, el art. 102 de la Constitución de 1931 confería al Parlamento (en aquella época unicameral, integrado por el Congreso de los Diputados), como potestad exclusiva, la concesión de amnistías. Prerrogativa de la que se hizo uso durante la vigencia de la Segunda República (Ley de 24 de abril de 1943, o el Decreto-Ley de 21 de febrero de 1936; además del Decreto de 14 de abril de 1931, que otorgó una amnistía el mismo día de proclamación de la República).

Mención especial merecen las numerosas amnistías o indultos generales concedidos durante la dictadura franquista, que ejerció esta potestad por los motivos más variados (acontecimientos políticos, religiosos, etc.)¹⁹, con la consiguiente quiebra del principio de seguridad jurídica y de la imagen de la

¹⁹ Entre otros ejemplos: Decreto de la Presidencia del Gobierno de 31 de octubre de 1958 (BOE de 7 de noviembre de 1958); Decreto de la Presidencia del Gobierno 1824/1961, de 11 de octubre de 1961 (BOE de 12 de octubre de 1961); Decreto de la Presidencia del Gobierno 1504/1963, de 24 de junio (BOE de 2 de julio de 1963); Decreto de la Presidencia del Gobierno 2136/1965, de 22 de julio (BOE de 24 de julio de 1965); Decreto de la Presidencia del Gobierno 3288/1969, de 18 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1969; o el Decreto de la Jefatura del Estado 2326/1971, de 23 de septiembre (BOE de 1 de octubre de 1971).

Administración de Justicia, en palabras de la enmienda constitucional núm. 744, ya citada.

En todo caso, no parece razonable justificar la propuesta de amnistía que ahora se formula en precedentes amparados por textos constitucionales que las permitían, o sometidos a un régimen jurídico-político que nada tiene que ver con un Estado social y democrático de Derecho instaurado con la CE de 1978.

3. Los precedentes de Derecho comparado no pueden avalar la constitucionalidad de esta amnistía

En el mismo apartado I de la EM se alude igualmente, como argumento de peso para justificar esta medida, al reconocimiento de la amnistía “en el orden constitucional de buena parte de los países de nuestro entorno geográfico e influencia jurídica”, con mención expresa a Italia, Francia y Portugal. No obstante, estos precedentes responden a una configuración jurídico-política constitucional que nada tiene que ver con la CE.

Las Constituciones de la República de Italia de 1947 (art. 79), la de la República de Francia de 1958 (art. 34) y la de la República de Portugal de 1976 (art. 161) atribuyen a sus asambleas legislativas la potestad de aprobar amnistías o leyes de amnistía, lo que no ocurre en España. El caso es particularmente significativo en los casos de Portugal e Italia, en cuyas Constituciones se distingue expresamente entre las potestades legislativas generales y las de concesión de amnistías [art. 161, apartados c) y f) de la Constitución de Portugal; y arts. 70, 71 y 79 de la Constitución de Italia].

En otros países de la Unión Europea como Alemania, también citado en la EM, la Ley Fundamental de Bonn [*Grundgesetz*] no recoge expresamente la amnistía; silencio que fue considerado por el Tribunal Constitucional alemán como permisivo de la *Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit*, es decir, la Ley de amnistía de 1949 (Sentencia de 22 de abril de 1953, BVerfGE 2, 213). Ahora

bien, la Constitución alemana no prohíbe los indultos generales [como sí ocurre con el art. 62.i) CE] ni los 65 miembros del *Parlamentarischer Rat* que la elaboraron discutieron en 1949 si la amnistía debía de incluirse en ella, por lo que tampoco rechazaron expresamente enmiendas que pretendían introducir la amnistía entre las potestades de las cámaras representativas de la soberanía popular. Por lo demás, en el Derecho alemán se reconoce la misma naturaleza jurídica al indulto general que a la amnistía, hasta el punto de que se denominan de la misma forma (*amnestie*), en contraposición con el indulto particular (*begnadigung*). En cualquier caso, las amnistías concedidas en Alemania (Leyes de 1949, 1954 y 2009, entre otras) tuvieron que ver primordialmente con las graves consecuencias de todo tipo causadas por la Segunda Guerra Mundial, y con la persecución de las personas que habían abrazado el nazismo durante los años inmediatamente anteriores a su inicio y los que transcurrieron durante la misma, en un contexto, además, de enfrentamiento global (guerra fría) entre dos bloques antagónicos, con diferentes concepciones de la vida democrática y social. Ni por su dimensión, ni por sus consecuencias de todo tipo, nada tuvieron que ver los contextos de aquellas amnistías con las que constituyen los presupuestos de hecho sobre los que se basa la PLOA.

Por lo que se refiere al resto de los países que se mencionan en el texto del Preámbulo, con cita expresa de los Reinos de Bélgica y Suecia o la República de Irlanda, hemos de destacar que ninguna de sus Constituciones (la de 1831 en Bélgica, la de 1974 en Suecia y la de 1937 en Irlanda) alude de modo expreso a la amnistía, si bien es cierto que en estos países se han concedido amnistías, pero todas ellas se han referido, al igual que las anteriormente mencionadas, a circunstancias de graves crisis de todo tipo, de modo particular las que tienen que ver con las graves consecuencias que se derivaron de la Segunda Guerra Mundial. A título de ejemplo, la República de Irlanda aprobó una Ley en el año 2013, que amnistió a miles de personas que desertaron durante la Segunda Guerra Mundial y que fueron sometidas a consejos de guerra o procesadas ante un tribunal. Como puede advertirse, por tanto, ni el contexto temporal, ni las

circunstancias, ni los ámbitos subjetivo y objetivo de aquella amnistía guardan parecido alguno con el de la proposición de Ley Orgánica objeto de este informe.

4. El TC no ha declarado la constitucionalidad de la amnistía

La STC 147/1986, de 25 de noviembre, no puede ser utilizada como precedente para afirmar que “[l]a constitucionalidad de la amnistía fue declarada por el Tribunal Constitucional”, tal y como se sostiene, de forma muy poco rigurosa, por no decir abiertamente mendaz, en el apartado IV de la EM de esta iniciativa legislativa.

En primer lugar, esta sentencia tenía por objeto resolver una cuestión de inconstitucionalidad promovida contra determinados preceptos de la Ley 1/1984, de 9 de enero. En concreto, *“se cuestiona[ba] la Ley 1/1984 en su necesaria conexión con los arts. 5 y 8 de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, que se refieren a «derechos activos» de los trabajadores por cuenta ajena. Así pues, a este punto concreto del problema planteado por la Ley 1/1984 ha de restringirse el análisis que sigue”* [FJ 1.b)]. Lo que el Tribunal resolvió fueron varias cuestiones de inconstitucionalidad que se habían promovido por diferentes órganos judiciales sobre un tema muy concreto como era el de la imprescriptibilidad de las acciones para el reconocimiento de los derechos establecidos en la Ley 46/1977. Para esta finalidad, la Ley 1/1984 había adicionado un precepto, el artículo 11 bis a la precedente Ley 46/1977, que proclamaba la imprescriptibilidad de las acciones de referencia y una Disposición Adicional, que habilitaba a los interesados para solicitar la aplicación de la Ley de Amnistía, incluso cuando hubiere habido resolución judicial que declarara la inadmisión del proceso por prescripción de la acción. En definitiva, lo que se discutía era una regla de imprescriptibilidad de acciones en el seno de los contratos de trabajo, *“que puntualiza algunos aspectos discutidos del régimen jurídico de la Ley [de amnistía] de 1977, en la que verdaderamente se materializó el ejercicio de la facultad de gracia”* (FFJJ 1 y 2). Por tanto, no abordó el análisis de la Ley de 1977, sino una ley posterior, dictada en el marco constitucional. Es

decir, la STC 147/1986 tenía un alcance mucho más limitado que el que se afirma en el Preámbulo de la PLOA.

En esta sentencia, el Tribunal reprocha a la Ley 1/1984 y, por ello, declara la inconstitucionalidad de los nuevos preceptos incorporados, que, no habiendo establecido en la norma inicial de 1977 ninguna cláusula relativa a la prescripción de las acciones y, por tanto, a la posibilidad de que decayera el ejercicio de las acciones para reclamar derechos reconocidos en la misma cuando transcurrieran los plazos legalmente previstos en otras normas del Ordenamiento Jurídico, fuera introducida con posterioridad aquella imprescriptibilidad, con lo que se producía una nueva excepción al régimen ya de por sí excepcional que comportaba la concesión de la amnistía de 1977. Entendió, por ello, que se trataba de una medida que “*comprimía*” aún más el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, por ello, declaró la inconstitucionalidad de los dos preceptos de la Ley 1/1984.

En segundo lugar, lo que sí hace esta sentencia es describir las características básicas de una Ley de amnistía como la de 1977, que nada tienen que ver con la propuesta que ahora se plantea. Como ya se expuso, y conviene ahora recordar de nuevo, el Tribunal declara (FJ 2) que la amnistía “*es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa -en sentido amplio- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve (...). En unos casos, normalmente para relaciones en las que el Estado aparece involucrado como poder público, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina «derogación retroactiva de normas», haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado, con todas sus secuelas, con lo que puede decirse que el derecho revive con carácter retroactivo*”. Por lo tanto, el Tribunal describe la Ley de 1977 como inspirada en el principio de “*justicia*”, y que aparece enmarcada en un

“*nuevo orden político*” que, de forma excepcional, debe consolidar unos “*nuevos valores*”, porque implica un “*juicio crítico sobre toda una etapa histórica*” (FJ 4). Nada de esto contempla la PLOA que, en diversos pasajes de los apartados II y III de la EM, se remite a conceptos como el “entendimiento”, el “diálogo”, la “convivencia”, el “respeto”, la “negociación”, el “interés general”, la “estabilidad económica”, o el “progreso cultural y social” que, claramente, no pueden entenderse como nuevos valores o principios distintos de los ya recogidos en nuestro texto constitucional. Si nos atenemos al sentido literal de las expresiones en su día utilizadas por el Tribunal Constitucional para referirse a la amnistía, cualquier manifestación concreta de este instituto en la que no concurrieran estos dos elementos (justicia y nuevo orden político) no podrá justificar la aprobación de una amnistía, porque, de hacerlo, estará socavando los valores propios del Estado de Derecho, de modo particular la igualdad y la libertad de los ciudadanos. Si la amnistía obedece a una pura razón de necesidad o de conveniencia política, que, de modo coyuntural, pueda beneficiar a determinados ciudadanos, la amnistía así concedida contraviene claramente el principio de igualdad ante la Ley y afecta profundamente a la separación de poderes y a las atribuciones exclusivas de un Poder del Estado, del Poder Judicial.

Abundando en la lectura parcial y sesgada de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el apartado V de la EM de la PLOA alude a los “requisitos” que, supuestamente, ha establecido el Tribunal para validar una “ley de estas características”, refiriéndose a la propia PLOA, que se concretan en los “principios constitucionales”. A tal efecto, cita las SSTC 28/1982, de 26 de mayo, 63/1983, de 20 de julio, y 116/1987, de 7 de julio, entre otras. Sin embargo, la PLOA no alude expresamente a ninguno de esos principios que, en lo que ahora interesa, se concretan en el de igualdad (art. 14 CE). Ello vino determinado por el objeto de los procedimientos que resolvieron esas sentencias, que nada tiene que ver con la declaración o no de la constitucionalidad de la Ley de 1977. Así, en la STC 28/1982 se invocaba la aplicación retroactiva de los Decretos de 26 de agosto de 1936 y de 13 de febrero de 1937, sobre reconocimiento de derechos como integrantes de las milicias republicanas (FJ 2); en la STC

63/1983 se abordaba la eventual discriminación entre unos determinados funcionarios militares en relación con los funcionarios civiles, como consecuencia de la aplicación de la Ley de 1977 (FJ 1), que el Tribunal resuelve desestimando la pretensión de que la jurisdicción contencioso-administrativa sea competente para revisar la omisión del Gobierno de promover una iniciativa legislativa tendente a reconocer una mayor equiparación entre ambos tipos de funcionarios (FJ 7); finalmente, en la STC 116/1987 se analizaban diversos preceptos de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, al definir los derechos que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas de la República y, más en concreto, si el criterio temporal utilizado en esa norma (la consolidación del empleo militar definitivo antes o después del 18 de julio de 1936) para el reconocimiento o no de los derechos derivados de la amnistía era compatible o no con el principio de igualdad, concluyendo el Tribunal que, si para los funcionarios civiles no se tuvo en cuenta referencia temporal alguna, tampoco podía haberla para el personal militar.

Por tanto, una lectura integral de las SSTC reseñadas en la EM de la PLOA permite descartar su utilización como argumento para afirmar que el Tribunal ha “declarado” la constitucionalidad de la figura o institución de la amnistía.

En otro orden de cosas, y en el contexto abordado por la STC 147/1986, el Tribunal realiza algunas afirmaciones -recogidas en la EM ahora analizada-, cuyo alcance deber ser matizado. Así, las diferencias cualitativas entre el indulto y la amnistía se exponen como argumentos *obiter dicta*, tras afirmar expresamente el Tribunal que prescinde en ese caso de entrar en el debate sobre la contravención de la amnistía con lo dispuesto en el art. 62.i) CE (FJ 2). De hecho, la premisa de la que parte el Tribunal para resolver el caso es que *“la Ley 1/1984 ni siquiera supone en sí misma manifestación del ejercicio del derecho de gracia”*, por lo que el *“problema está en determinar si el legislador, que podía precisar ese régimen jurídico [el de la amnistía de 1977], pues no hay restricción constitucional directa sobre esta materia, no ha vulnerado con el contenido de la referida ley otras previsiones constitucionales”*. Es decir, la

expresión de que “no hay restricción constitucional directa sobre esta materia” no se refiere a la figura o institución de la amnistía, como señala sesgadamente la EM de la PLOA en el primer párrafo de su apartado IV, sino a la precisión llevada a cabo por una ley posterior a la CE sobre el régimen jurídico de una amnistía concedida antes de la vigencia de la CE.

5. Sobre las consideraciones justificativas de esta amnistía

Los apartados II, III y IV de la EM de la PLOA contienen una serie de consideraciones generales que contextualizan y justifican esta iniciativa legislativa y que, visto su contenido y su eventual valor jurídico como criterio de interpretación para la aplicación de la norma, es necesario analizar y, en su caso, rebatir.

5.1 Sobre la contextualización de esta iniciativa legislativa y el rol del sistema de Justicia.

Como se expone en el apartado II de la EM, la PLOA pretende amnistiar los “actos que hayan sido declarados o estuvieran tipificados como delitos o como conductas determinantes de responsabilidad administrativa o contable, vinculados a la consulta celebrada en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y al referéndum de 1 de octubre de 2017”, ambos declarados inconstitucionales, y realizados durante un determinado periodo de tiempo.

En la justificación de esta medida se formulan algunas consideraciones generales que merecen, como mínimo, una matización y, en algunos casos, una severa crítica.

a) Las referencias a la STC 31/2010, de 28 de junio, como generadora de un “intenso debate sobre el futuro político de Catalunya” que habría actuado como “precedente” de los hechos amnistiables parece deslizar la idea de una cierta responsabilidad en la atribución de un denominado “conflicto político” que, de

existir, parece que sería “sostenido en el tiempo”, es decir, anterior a ese pronunciamiento. En cualquier caso, el funcionamiento ordinario del Estado de Derecho no puede generar responsabilidad alguna en los graves hechos que se pretende amnistiar; responsabilidad que nunca puede residenciarse en un pronunciamiento del máximo órgano encargado de velar por la constitucionalidad de cualquier norma con rango legal y, por tanto, por la regularidad de las reglas del juego que, precisamente, son el presupuesto básico de todo Estado de Derecho. Los únicos responsables de esos hechos fueron sus autores.

b) La intervención de la Justicia no fue provocada por una “tensión institucional”, como se afirma en la EM, sino por la presunta comisión de hechos delictivos que corresponde depurar a los órganos integrantes del Poder Judicial, por mandato constitucional (art. 117.3 CE)

c) Otro tanto sucede con las referencias a la “desafección de una parte sustancial de la sociedad catalana” o al “trastorno grave (...) en la convivencia social”, que parece atribuirse igualmente a la actuación judicial cuando, en realidad, solo puede imputarse a quienes, enarbolando la bandera de los derechos y libertades, solo pretendieron suprimir los derechos y las libertades que todos los ciudadanos españoles nos hemos dado a través de la Constitución y las leyes. Y, de modo particular, los ciudadanos españoles residentes en Cataluña que, en un momento determinado, cuando fugazmente fue proclamada la República de Cataluña por el entonces Presidente de la Generalitat, se vieron desposeídos de su nacionalidad española y de sus derechos como ciudadanos de un Estado miembro de la UE, así como de todos sus derechos reconocidos por la CE y el ordenamiento jurídico español.

d) Y lo mismo ocurre con expresiones como la “renuncia al ejercicio del *ius puniendi* por razones de utilidad social que se fundamenta en la consecución de un interés superior: la convivencia democrática”; o “la aplicación de la legalidad es necesaria, pero, en ocasiones, no es suficiente para resolver un conflicto político sostenido en el tiempo”; o “los instrumentos con los que cuenta un Estado

de derecho no son, ni deben ser, inamovibles; toda vez que es el Derecho el que está al servicio de la sociedad o no al contrario, y que por tanto este debe tener la capacidad de actualizarse adaptándose al contexto de cada momento”.

En el Estado de Derecho que fue instituido por la CE, el sometimiento de todos los poderes públicos y de los ciudadanos al imperio de la Ley (art. 9.1 CE), de modo particular la ley constitucional, constituye un pilar fundamental de la sociedad democrática. No son posible atajos, ni tampoco ideas o planteamientos utilitaristas, con establecimiento de normas que contravengan los principios de igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos y la propia separación de poderes, para la consecución de unos fines no necesariamente coincidentes con los que se dicen en la EM. En un Estado de Derecho los conflictos políticos se resuelven en las Cámaras Parlamentarias, pero cuando quienes ostentan determinados poderes constituidos, en este caso el Gobierno de la Generalitat y el Parlamento de Cataluña, cuya legitimidad democrática se fundamenta en la propia CE, pretenden ser utilizados para incumplir e infringirla cometiendo hechos delictivos muy graves, en unos casos ya apreciados y sus responsables condenados por sentencia firme o, en otros, todavía presuntamente cometidos por personas sujetas a procesos penales en tramitación o suspendidos necesariamente por hallarse en rebeldía y huidos de la Justicia sus presuntos responsables, no puede hablarse de conflicto político, sino tan sólo de hechos delictivos a los que la Justicia, igualmente emanada del pueblo soberano como aquellos poderes constituidos, debe dar una respuesta.

El conflicto tiene el carácter de “político” cuando, dentro de los límites de la CE y de la Ley, y utilizando los cauces establecidos por el Estado de Derecho, se confrontan planteamientos e iniciativas contrapuestas, que han de ser resueltos en sede parlamentaria, con el voto favorable mayoritario a una postura de las confrontadas, adoptado siempre con respeto a las minorías. Sin embargo, cuando lo que se aprecia es que una serie de personas, que ostentan altas responsabilidades dentro de una Comunidad Autónoma, utiliza las atribuciones que les son conferidas por la CE, por su Estatuto de Autonomía y por el resto del

ordenamiento jurídico, para contravenir la propia legitimidad constitucional, infringiendo aquellas normas, sin utilizar los procedimientos normativos previamente establecidos, no se genera un conflicto político. Lo que se causa es la comisión de delitos, para cuya respuesta en forma de enjuiciamiento y fallo únicamente está habilitado el Poder Judicial en un Estado de Derecho.

Desde luego, no puede contribuirse a la “convivencia democrática” sirviéndose de una Ley, sin respaldo constitucional, que pretenda eludir a favor de aquellas personas la aplicación de la propia Ley constitucional y de los principios que la informan, es decir, la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político (art. 1.1. CE), amén de que el ejercicio de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde en exclusiva al Poder Judicial.

No puede haber más contradicción entre lo que se expresa con el significado gramatical de las palabras y términos empleados en el Preámbulo, anteriormente citados, y lo que se pretende en realidad alcanzar, que nada tiene que ver ni con la convivencia democrática, ni con la preservación de los intereses generales, ni, en definitiva, con el Estado de Derecho. La alegada insuficiencia de la Justicia para la resolución de supuestos conflictos políticos, o la necesaria adaptación del marco normativo para canalizar esos conflictos, no puede implicar, necesariamente, la eliminación de toda respuesta judicial ante la comisión de graves atentados contra la convivencia, como fueron los hechos que ahora se pretende amnistiar.

5.2 No puede existir contraposición entre el principio de legalidad y el principio democrático.

En el apartado III de la EM se contienen diversas referencias a una aparente contradicción entre los principios de legalidad y los de democracia o convivencia democrática. Se destaca, por ejemplo, que, de acuerdo con el marco constitucional, “una ley de amnistía solo puede fundamentarse en la solidez del sistema democrático, que demuestra así su capacidad de conciliación a través

de un acto soberano de las Cortes Generales” cuya legitimidad, según afirma, se encuentra en “la constitucionalidad de la medida” y “en la necesidad de abordar una situación excepcional en pro del interés general”.

Con independencia de que el texto de la PLOA tenga, como toda iniciativa normativa, la presunción de constitucionalidad y legalidad, en tanto el Tribunal Constitucional o la Jurisdicción Ordinaria no declaren su inconstitucionalidad o ilegalidad respectiva, es lo cierto que llama poderosamente la atención la afirmación apodíctica de que dicha norma y la medida que pretende aprobar sea constitucional.

Pero, dejando al margen esta inicial consideración crítica, sí suscita una mayor preocupación y entraña un mayor riesgo para el Estado de Derecho la tesis, anteriormente apuntada, de que el Poder Legislativo es soberano para dictar cuantas normas considere oportunas, otorgando prevalencia al principio democrático y a la voluntad popular que representa la mayoría parlamentaria, sobre la Ley. El Poder Legislativo, en cuanto Poder constituido, únicamente puede aprobar aquellas normas que se amparen en una habilitación, en este caso constitucional. Ya hemos anticipado de modo más detallado en apartados anteriores de este informe la ausencia de habilitación constitucional para aprobar una norma de la naturaleza y alcance que se pretende, por lo que no vamos a insistir en esas consideraciones, remitiéndonos a lo ya dicho.

Sin embargo, sí hemos de reiterar en que esta pretendida contraposición supone una grave distorsión de los valores esenciales en que se sustenta todo el orden constitucional, es decir, la quiebra más absoluta y determinante de las reglas elementales en las que se basa un Estado social y democrático de Derecho como es España (art. 1 CE).

Como señaló la STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 5), *“no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda: la legitimidad de una actuación o política del poder público consiste básicamente*

en su conformidad a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Sin conformidad con la Constitución no puede predicarse legitimidad alguna. En una concepción democrática del poder no hay más legitimidad que la fundada en la Constitución (...). Por ello, el ordenamiento jurídico, con la Constitución en su cúspide, en ningún caso puede ser considerado como límite de la democracia, sino como su garantía misma". En definitiva, no hay democracia sin respeto al ordenamiento jurídico y constitucional. Podrá haber legalidad sin democracia, pero no hay una verdadera democracia sin respeto a la legalidad.

En este punto, aunque la EM parece admitir que "no hay democracia fuera del Estado de derecho", se afirma que "es necesario crear las condiciones para que la política, el diálogo y los cauces parlamentarios sean los protagonistas en la búsqueda de soluciones a una cuestión política con una presencia recurrente en nuestra historia". Desde nuestro punto de vista, y al margen de las consideraciones que, desde un punto de vista político-partidista, puedan suscitar este tipo de afirmaciones, el diálogo político no puede ser incompatible con la actuación del Poder Judicial, que mediante esta iniciativa legislativa se suprime o elimina sin una habilitación constitucional expresa.

En este contexto, la referencia a la STC 42/2014, de 25 de marzo, es claramente sesgada. La conveniencia de que los problemas que se pueden suscitar en el orden constitucional puedan ser resueltos mediante el diálogo y la cooperación entre instituciones, no exime al Poder Judicial de actuar cuando esos problemas se transmutan en conductas delictivas. Lo relevante de esta sentencia es la consideración del denominado "*derecho a decidir*" como una "*aspiración política susceptible de ser defendida en el marco de la Constitución*" (FJ 4), siempre que se encauce a través del ordenamiento jurídico vigente. Una idea que fue reiterada en la ya citada STC 259/2015, al señalar que "*el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento*

de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución. Cuando, por el contrario, se pretenden alterar aquellos contenidos de manera unilateral y se ignoran de forma deliberada los procedimientos expresamente previstos a tal fin en la Constitución, se abandona la única senda que permite llegar a ese punto, la del Derecho” (FJ 7).

5.3 La STS, Sala de lo Penal, núm. 101/2012, de 27 de febrero tampoco puede utilizarse como parámetro de constitucionalidad de la PLOA

El Preámbulo, seguidamente, hace referencia a la STS, Sala de lo Penal núm. 101/2012, de 27 de febrero, como argumento añadido a la constitucionalidad de la amnistía como manifestación del derecho de gracia, toda vez que pone en valor la tesis de que la Ley 46/1977 se halla vigente y su eventual derogación correspondería al Parlamento, que es lo que se refleja de modo textual en la EM.

Nuevamente, vuelve a alterarse el sentido y alcance de una afirmación, en este caso, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De entrada, este Alto Tribunal no enjuicia, como no podría ser de otro modo, la adecuación constitucional de la amnistía, ni en abstracto, ni tampoco en la concreta expresión de la Ley 46/1977. La Sentencia destaca, fundamentalmente, la idea de reconciliación que, en la transición de un régimen autoritario a otro democrático, latió en la decisión de aprobar una amnistía que rompiera con el pasado y encaminara hasta un futuro de convivencia democrática. A esa concreta amnistía y a ese momento histórico se refiere esta sentencia. En este sentido, señala la sentencia que *“la idea fundamental de la ‘transición’, tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía. Conseguir una ‘transición’ pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley*

de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento. Precisamente, porque la 'transición' fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento”.

La Sentencia alude, pues, a un momento histórico, el de la transición de la dictadura a la democracia, y a un contexto político-social muy concreto propiciado por los movimientos que se dieron en aquellas fechas, todos ellos anteriores al texto constitucional. La vigencia de la Ley de 1977 la refiere, pues, la sentencia a la voluntad del pueblo español por conseguir la reconciliación nacional. Por tanto, pretender abstraer este planteamiento a una cuestión de alcance general como es la de la defensa de la constitucionalidad de la amnistía, a la que para nada hace referencia esta sentencia, es volver a hacer decir al Tribunal Supremo lo que este no ha dicho.

5.4 La prohibición constitucional de la amnistía no hubiera implicado la derogación del Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, ni de la Ley 46/1977, de 15 de octubre.

La expresa prohibición de la amnistía de cara a futuro no hubiera supuesto la derogación de las amnistías anteriores (como se afirma en el apartado IV de la EM). En tal sentido, como normas retroactivamente derogatorias de otras anteriores que se consideran injustas o ilegítimas por no responder a los nuevos principios y valores (STC 147/1986), la amnistía aparece revestida de las características propias de una norma penal más favorable. Por ello, la prohibición de amnistías futuras no tendría por qué afectar a situaciones jurídicas favorables previamente consolidadas, cuyos efectos permanecerían inalterables, por aplicación del principio general de irretroactividad de las normas menos

favorables (art. 9.3 CE). Del mismo modo que el mantenimiento de sus efectos no habilita a las Cortes Generales para el ejercicio de una potestad que no está expresamente atribuida en la CE.

5.5 Tipificar o destipificar una conducta como delictiva no atribuye a las Cortes la facultad de conceder o no amnistías ni se puede equiparar con esta figura o institución jurídica.

Los delitos han de ser definidos por la legislación vigente en cada momento (art. 25.1 CE), y la facultad legislativa está expresamente reconocida a las Cortes (art. 66.2 CE). Sin embargo, la amnistía no puede equipararse a una facultad legislativa, puesto que se configura como un ejercicio de un derecho de gracia que, como tal, solo puede ser reconocido expresamente por la CE porque, de lo contrario, supone una injerencia en el ámbito propio de otro poder del Estado, como es el Poder Judicial. Como ya hemos visto, el Derecho comparado ofrece algunos ejemplos claros de distinción constitucional entre la potestad de legislar y de conceder amnistías.

Tipificar o destipificar una conducta puede estar fundamentado en un cambio de paradigma sobre los criterios generales de prevención general y especial, así como en el principio de intervención mínima que busca proteger -exclusivamente- aquellos bienes jurídicos que se consideran como dignos de tutela penal en cada momento histórico (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 6, con cita de otras anteriores, como la STC 229/2003, de 18 de diciembre). Por ello, es razonable que haya una evolución social sobre las conductas a tipificar o destipificar²⁰. Pero eso no es comparable con la amnistía que se propone (apartado IV de la EM), puesto que la amnistía supone eximir de responsabilidad criminal a unas personas por unos hechos que, para otras, siguen siendo delictivos. El legislador no pretende derogar delitos tan graves como la

²⁰ Es lo que sucedió en España, por ejemplo, cuando en 1978 se derogó el art. 2.B.3º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que castigaba la homosexualidad con una sanción privativa de libertad.

malversación de caudales públicos o el terrorismo, sino eximir de toda responsabilidad criminal a determinadas personas por unas concretas conductas cometidas con una concreta finalidad. Una exención que, en el pasado, no afectará a más personas y que, en el futuro, no impedirá la persecución penal contra aquellas otras personas no comprendidas en el ámbito personal de la LPOA y que cometan los mismos delitos.

En realidad, como ya se adelantó, en un Estado social y democrático de Derecho, con una real y efectiva separación de poderes y un verdadero control de la actuación de los poderes públicos, con sometimiento pleno a los principios y valores constitucionales, no puede hablarse, en propiedad, de conductas amnistiables. Los delitos son definidos por los órganos que representan a la soberanía nacional y, en consecuencia, gozan de la presunción de legitimidad y de adecuación a los valores y principios constitucionales, sin perjuicio del control atribuido al Tribunal Constitucional. Por ello, la modificación de los criterios sociales, políticos, jurídicos y/o culturales que pueden justificar una destipificación de unas conductas delictivas no convierte éstas en ilegítimas y, por lo tanto, necesitadas de una amnistía. Es decir, no puede hablarse de la necesaria derogación de una *“determinada normativa (...) que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político”* (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2). En democracia, tan legítimo es tipificar una conducta como destipificarla. No parece que sea necesario enumerar la relación de conductas destipificadas durante la vigencia del denominado “Código Penal de la democracia”, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, sin que esas conductas hayan sido objeto de una correlativa amnistía.

5.6 La normativa nacional y autonómica contenida en la EM no puede servir como elemento a valorar en la ponderación del canon de constitucionalidad de esta iniciativa legislativa.

No puede utilizarse la normativa nacional o autonómica, legal o reglamentaria, o referida a determinados ámbitos sectoriales, para justificar el reconocimiento constitucional “implícito” de la figura de la amnistía (apartado IV de la EM).

Como es conocido, la jurisprudencia constitucional ha señalado de forma reiterada que, para valorar la constitucionalidad de una norma con rango legal se tendrá en cuenta no solo la propia CE, sino lo que se denomina “bloque de constitucionalidad”, consistente en las leyes dictadas por el Estado y las diferentes Comunidades Autónomas para delimitar sus respectivas competencias, o para regular o armonizar su ejercicio (entre otras muchas, SSTC 10/1982, de 23 de marzo, FJ 2, 17/1991, de 31 de enero, FJ 3, y 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 6).

Desde luego, la constitucionalidad de una norma no puede venir determinada por lo que dispongan normas de rango legal, nacional o autonómico, que regulan aspectos tan singulares como la organización o el régimen disciplinario de determinados cuerpos funcionariales. El caso es particularmente llamativo con las referencias contenidas en la EM a unas normas de rango incluso inferior a la ley. De esta forma, se pretende que la constitucionalidad de la PLOA venga determinada por la exclusiva voluntad del Gobierno de turno, en el ejercicio de su legítima potestad reglamentaria (reconocida en el art. 97 CE) que, por lo demás, ha de ejercerse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y que puede ser controlada por los Tribunales (art. 106 CE).

No obstante, con independencia de que pueda cuestionarse su aplicación a casos concretos por la inexistencia de una ley postconstitucional aprobatoria de una amnistía hasta el momento en que se redacta este informe, hay un argumento de contrario que se opone al que se ofrece con la cita de esa relación de normas. Y es que ninguna de dichas normas contempla supuestos de hecho susceptibles de amnistía, sino tan sólo sus consecuencias y efectos, para el caso de que pudiera acontecer esta extinción de responsabilidad, lo que no se da en la práctica toda vez que no existe la amnistía en nuestro modelo constitucional.

Pero tal aporte normativo tampoco permite deducir que la amnistía, como tal manifestación del derecho de gracia, tenga cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

También resulta llamativa la referencia al art. 666-4^a LECrim que, como la propia EM señala, fue redactado nada menos que en el año 1882 (¡!), cuando la amnistía era legal en España, omitiendo que el CP vigente, aprobado tras la CE de 1978, suprimió la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130 CP), que ahora se pretende introducir por la Disposición adicional primera de la PLOA.

Otro tanto puede decirse de la mención a la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, que no tiene rango de Ley Orgánica, y cuyo objeto va mucho más allá de la mera constatación de la vigencia de la ley de amnistía del año 1977 -norma sobre cuya constitucionalidad, como hemos señalado, no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional-, y cuyos efectos precisamente se pretenden restringir o limitar sobre la base de una determinada interpretación del derecho internacional.

5.7 El reconocimiento de la amnistía decretada en otros países, conforme a su propio régimen constitucional y legal, no implica la existencia de una habilitación constitucional en España para conceder o no una amnistía.

El hecho de que España haya suscrito convenios o tratados internacionales en los que está previsto el reconocimiento del ejercicio del derecho de gracia a través de una amnistía concedida por terceros países, conforme a su propia normativa interna, no puede suponer, en ningún caso, como parece deducirse del último párrafo del apartado IV de la EM, la atribución de una facultad no prevista expresamente en nuestra CE, ni un juicio sobre la constitucionalidad o no de la amnistía en nuestro país.

El respeto a las legislaciones propias de países con los que se mantienen relaciones de cooperación y reciprocidad no puede generar vinculación alguna para nuestro país. Así ocurre, por ejemplo, cuando se reconocen resoluciones judiciales de terceros países que imponen penas notoriamente superiores o heterogéneas a las previstas en España que, por supuesto, no obligan a modificar o armonizar nuestra legislación a la vigente en esos estados, ni presuponen juicio alguno sobre la constitucionalidad de una iniciativa como la PLOA (ver, en tal sentido, los supuestos de hecho abordados en las SSTC 81/2022, de 27 de junio y 104/2019, de 16 de septiembre, entre otras, en las que se aplicaron las debidas adaptaciones derivadas de las disposiciones de los propios instrumentos internacionales aplicables -en esos casos, la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva y el Convenio del Consejo de Europa sobre el traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983-).

En el caso de este Convenio sobre el traslado de personas condenadas, su art. 12 permite a los Estados parte “conceder el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena de conformidad con su Constitución o sus demás normas jurídicas”, lo que ha de ser respetado por el Estado miembro receptor de las personas condenadas, que hayan de cumplir sus condenas en el mismo. Pero ello no significa que, necesariamente, la amnistía haya de ser aceptada como tal manifestación del derecho de gracia en todos los ordenamientos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa, sino tan solo en aquéllos cuya Constitución o el resto de sus normas jurídicas así lo reconozcan expresamente, lo que no sucede en España, como se ha venido destacando anteriormente.

La EM también hace referencia al art. 3 de 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 los Estados miembros (DOCE núm. 190, de 18 de julio de 2002) que, de modo textual, dispone, en lo que ahora es de interés, lo que sigue: “Artículo 3: Motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea. La autoridad judicial del Estado miembro de ejecución (denominada en

lo sucesivo "autoridad judicial de ejecución") denegará la ejecución de la orden de detención europea en los casos siguientes:

1) cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si éste tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho Penal;”.

Lo primero que conviene recordar es que ese precepto resulta de aplicación a los casos en los que el Estado de ejecución de la orden que deniega la entrega tiene “competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho Penal”. De forma que un Estado no debe entregar a una persona si le ha amnistiado por ese delito conforme a su Derecho interno, lo que no significa, lógicamente, que la amnistía sea constitucional o no en España.

En todo caso, la cita de esta Decisión de la UE para justificar la posibilidad del reconocimiento de la amnistía por parte de las autoridades judiciales españolas carece de fundamento alguno porque se trata de un instrumento de cooperación judicial entre los Estados miembros de la UE, que ha sustituido al Convenio Europeo de Extradición de Estrasburgo del año 1957 y que se apoya en dos principios esenciales: el principio de confianza mutua entre todos los Estados miembros y el principio del reconocimiento y aceptación de la singularidad que puedan presentar los ordenamientos penales de cada uno de los Estados miembros, en esta materia (SSTC 26/2014, de 13 de febrero, 132/2020, de 23 de septiembre, entre otras). Lo mismo cabe decir del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y la Comunidad Europea de la Energía Atómica con el Reino Unido de la Gran Bretaña y la República de Irlanda (DOUE de 31 de diciembre de 2020), que establece también un mecanismo de cooperación judicial entre los organismos de la UE y los dos Estados citados y que se apoya, igualmente, en los dos principios anteriormente enunciados.

La amnistía, como manifestación del derecho de gracia, está reconocida y es aplicada en determinados Estados miembros de la UE, en los términos que

hemos visto anteriormente, por lo que los dos principios antes citados no pueden ser ignorados por las autoridades españolas cuando utilizan este instrumento de cooperación judicial dentro de la UE. La propia norma legal española, que ha trasladado a nuestro ordenamiento interno esta y otras normas europeas que se han dictado con posterioridad para asumir aquellos principios, recoge de modo expreso que la concesión de una amnistía en el Estado de emisión de una orden europea de detención y entrega obligará al Juez de lo Penal español a suspender la ejecución de la resolución correspondiente (art. 185 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales dentro de la Unión Europea). Además, esta ley solo contempla como posibles causas de extinción de responsabilidad criminal y consiguiente denegación del reconocimiento o de la ejecución de la entrega las de prescripción delictiva [art. 32.1.b)] e indulto [art. 48.1.a)]. Nada se dice sobre la amnistía.

5.8 No pueden concurrir los criterios de ponderación sobre la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación de esta medida de gracia.

Tomando como base la inconstitucionalidad de esta propuesta legislativa, se omite cualquier comentario sobre las referencias contenidas en el apartado V de la EM a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación de la PLOA, que aparecen vinculados a la naturaleza de ley singular, como antes se expuso en el apartado III.2.5 de este informe, al que expresamente nos remitimos. A juicio de este Consejo, no procede en este punto hacer una ponderación de los citados principios, puesto que no concurre el presupuesto habilitante más elemental, como es la constitucionalidad de la figura de la amnistía. No se puede ponderar lo que, de raíz, resulta inconstitucional.

VII. ANALISIS DEL ARTICULADO DE LA PLOA.

Al margen de las consideraciones generales que se han expuesto, el análisis del articulado de la PLOA confirma que determinados preceptos de esta iniciativa pudieran ser contrarios a la CE y al Derecho de la UE, además de contener, a

juicio de este Consejo, algunas deficiencias de técnica legislativa que se irán poniendo de manifiesto en los siguientes apartados de este informe.

1. Análisis del Título I. Ámbito objetivo y exclusiones

1.1 La descripción del ámbito objetivo de la PLOA.

Los arts. 1 y 2 PLOA regulan el ámbito objetivo y subjetivo de la amnistía, conforme a una doble técnica: por un lado, se recogen las conductas incluidas en la medida de gracia; y, por otro, las conductas que, en todo, quedan excluidas. De manera que la determinación de los beneficiarios de la amnistía habrá de ser fruto de una interpretación conjunta y sistemática de ambos preceptos, lo que, como ahora veremos, no estará exenta de alguna dificultad.

El ámbito objetivo de la amnistía se describe en el art. 1 conforme a una técnica legislativa compleja, marcada por unos acontecimientos históricos (“las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017”), junto a un lapso temporal que, sin embargo, aparece dissociado de esos acontecimientos sin justificación alguna (“entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023”) y una descripción de “acciones ejecutadas en el contexto del denominado proceso independentista catalán” (sin mayor precisión) que, de manera paradójica, no requieren que “se encuentren relacionadas con las referidas consultas” o, incluso, que pueden haber sido “realizadas con posterioridad a su respectiva celebración”. A partir de ese esquema general, el art. 1.1, en sus diversos apartados, describe una serie de conductas generales, que se acompañan de una reseña de posibles delitos amnistiables.

Así, los tres primeros apartados definen estos actos, esencialmente, por su intención: a) “reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos”; b) “convocar, promover o procurar la celebración de las consultas

(...) 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”; c) “propósito de permitir la celebración de las consultas populares (...) o sus consecuencias”, o bien con el “propósito de permitir, favorecer o coadyuvar a la celebración” de tales consultas.

Sin embargo, todos ellos terminan con una cláusula abierta: “así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad” (letras a y b); “así como cualesquiera otros actos tipificados como delitos realizados con idéntica intención” (letra c); lo que otorga valor de meros ejemplos a la enumeración de los delitos que se recoge en cada uno de tales apartados.

Los dos apartados siguientes se remiten a los anteriores. En concreto: d) “propósito de mostrar apoyo a los objetivos y fines descritos (...) o a los encausados o condenados por la ejecución” de aquellos delitos; e) “las actuaciones policiales dirigidas a dificultar o impedir la realización de los actos determinantes de responsabilidad penal o administrativa comprendidos en este artículo”.

La descripción se complica al incluirse finalmente en el apartado f) no solo una conducta extraordinariamente abierta: “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”); sino una cláusula final que incluye “cualesquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones”.

El art. 1.2 incluye todas las formas de ejecución, abarcando los actos preparatorios, así como cualquier forma de autoría o participación.

El ámbito objetivo de aplicación de la norma aparece plagado de conceptos jurídicos y no jurídicos de carácter indeterminado, cuando no de conductas que difícilmente pueden tener encaje penal o que están abiertamente amparadas por

el ejercicio de derechos fundamentales, sin olvidar algunas deficiencias técnicas. Por citar algunos ejemplos:

i) La palabra “marco” parece englobar los hechos entre las consultas de los años 2014 y 2017. Sin embargo, ese contorno pronto se ve superado por la extraordinaria onda expansiva del lapso temporal abarcado por la norma (entre los años 2011 y 2023), mediante la utilización de otros términos igualmente indeterminados como la “preparación” o sus “consecuencias” (art. 1.1).

ii) La última redacción de los apartados a) y b) del art. 1.1, en lo relativo al delito de malversación, ha introducido la distinción entre el propósito o no de enriquecimiento. De esta forma, complicando aún más la técnica legislativa, el propio art. 1 introduce, al mismo tiempo, una conducta incluida y excluida de la amnistía. Así, solo es amnistiable la malversación dirigida a financiar, sufragar o facilitar la realización de las conductas descritas en el primer párrafo del art. 1.1 (cuya notoria indefinición ya ha sido descrita), “siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento”. En coherencia, se añade un nuevo apartado 4 al art. 1, en el que se define el enriquecimiento como un “beneficio personal de carácter patrimonial”.

Parece que, una vez más, la tramitación parlamentaria de la norma busca sortear los efectos de determinados criterios judiciales, configurando la PLOA como una ley que pretende resolver situaciones de personas concretas. En este caso, se intenta superar la interpretación llevada a cabo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su auto 20107/2023, de 13 de febrero (FJ 4), por el que se mantuvo la condena por el delito de malversación previsto en el art. 432 CP, impuesta en la STS 459/2019, de 14 de octubre, tras la reforma de este delito llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre. Como es conocido, para el máximo intérprete de la legalidad penal, el art. 432 del CP *“incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en la administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal. (...) el concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su*

identificación con el propósito de enriquecimiento. Baste para respaldar esta idea la cita de la STS 1514/2003, de 17 de noviembre, en la que ya subrayábamos que ‘... la jurisprudencia viene sosteniendo, desde hace más de medio siglo, que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos’. (...) Sería contrario a la más elemental lógica jurídica entender que quien hace suyos los fondos públicos incurre en una pena que puede llegar a los 8 años de prisión y quien los destina a una actividad delictiva o antijurídica -en nuestro caso, la celebración de un referéndum prohibido judicialmente- pueda ser castigado con una pena de multa. Una solución interpretativa alternativa a la que ahora adoptamos podría ser contraria no sólo al valor axiológico que determina la protección penal de los fondos públicos, sino al reforzado compromiso asumido por nuestro país para proteger los fondos públicos de la Unión Europea. Así lo expresa la Directiva 2017/1371, 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal, que en su art. 7 proclama el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar que el delito de malversación que afecte a esos fondos comunitarios sea punible, en algunos casos, con una pena máxima de, al menos, 4 años de prisión y, con carácter general, ‘... con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias’.”

Parece que la nueva redacción de este precepto insiste en la idea de identificar el ánimo de lucro con la finalidad de enriquecimiento personal, cuando este enriquecimiento nunca ha sido necesario para la consumación del delito de malversación de caudales públicos.

En todo caso, la concesión de una amnistía por delitos de malversación de caudales públicos resulta contraria a los criterios expuestos por el Parlamento Europeo en la sesión celebrada el pasado 28 de febrero de 2024, en la que se

asumió la propuesta de la Comisión de Justicia e Interior en orden a incorporar en la nueva Directiva de lucha contra la corrupción -actualmente en tramitación- la prohibición de conceder indultos o amnistías por este tipo delictivo²¹.

iii) No se tiene constancia de que el mero hecho de realizar conductas como “divulgar el proyecto independentista”, “adquirir conocimiento sobre experiencias similares”, “asesoramiento” [art. 1.1.a)]; “aprobación (...) de leyes” o actos de “crítica” [art. 1.1.c)]; hayan sido objeto de sanción penal, administrativa o contable, de manera que no tendría sentido amnistiar esas conductas.

iv) La norma adolece de todo criterio objetivo de conexidad, aludiendo en la EM a una “profunda conexión” (apartado II), para luego mencionar una conexidad material [art. 1.1.f)], obviando que la conexidad es un concepto típicamente procesal (art. 17 LECrim).

v) Finalmente, como ya se adelantó, el art. 1.3 amplía significativamente el ámbito temporal de las conductas susceptibles de amnistía, mediante la utilización de conceptos como “realización”, “ejecución” o “finalización” que encuentran difícil concreción desde la perspectiva de la dogmática penal. Conforme a la PLOA, los actos “cuya realización” se hubieran iniciado antes del día 1 de noviembre de 2011 o del día 13 de noviembre de 2023, también podrán ser amnistiados si su “ejecución finalizase” con posterioridad a esas fechas. La “realización” puede entenderse como sinónimo de “ejecución”, por lo que no tendría sentido establecer la diferencia señalada en ese precepto.

1.2 La descripción de las conductas excluidas

El art. 2 PLOA describe los actos que, “en todo caso”, no quedarían beneficiados por la amnistía. En esta relación también se observa la profusión de conceptos

²¹ <https://www.europapress.es/nacional/noticia-eurocamara-defendera-prohibir-amnistias-indultos-malversacion-reforma-contra-corrupcion-ue-20240228151700.html>; https://www.lespanol.com/espana/politica/20240229/eurocamara-aprueba-directiva-prohibe-amnistiar-puigdemont-delito-malversacion/836166563_0.html

indeterminados, además de una aparente selección arbitraria de tipos delictivos.

En concreto:

i) El art. 2, a) PLOA excluye los actos que hubieran producido la “pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro” o de “un sentido”, así como “la impotencia, la esterilidad o una grave deformidad”. No parece que exista motivo objetivo alguno para que la deformidad no grave (contemplada en el art. 150 CP) quede amparada por la amnistía y que, sin embargo, no lo esté la pérdida de un órgano o miembro “no principal”, que también está recogida en el art. 150 CP.

En este punto nos remitimos también a lo expuesto en el apartado III.2.5 de este informe, sobre la paradójica exclusión de la amnistía del delito consumado de homicidio, pero no de su tentativa, o sobre la inexplicada selección y exclusión de determinadas lesiones graves en detrimento de otras.

ii) El art. 2, b) PLOA excluye 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”. La notoria indefinición de estos conceptos dificulta enormemente la adecuada comprensión de la conducta excluida de la amnistía, dejando en manos de los órganos judiciales su valoración, pero sin que se propongan criterios de ponderación objetivos que permitan conocer, con el suficiente grado de certeza, si una determinada conducta estará o no incluida en el ámbito objetivo de la PLOA.

Intentando hacer un esfuerzo de interpretación, quizá la norma haya querido recoger la doctrina del TEDH, presente desde la sentencia de 18 de enero de 1978 (asunto *Irlanda C. Reino Unido*, apartado 162), que establece unos criterios

de valoración circunstancial (duración de los malos tratos y sus efectos físicos o mentales, así como, a veces, el sexo, la edad o el estado de salud, entre otras), que se engloban bajo el término “situación de vulnerabilidad de la víctima” en la más reciente STEDH de 4 de diciembre de 1995 (asunto *Ribitsch c. Austria*, apartado 36) que, en realidad, sirven para distinguir la conducta como tortura, trato inhumano o degradante.

Así se desprende de lo expuesto en la STC 166/2021, de 4 de octubre (FJ 2), en la que, con cita de otros pronunciamientos del TEDH, se señala lo siguiente: “*el Tribunal Europeo ha reconocido reiteradamente que el artículo 3 del CEDH ('Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes') constituye uno de los principios fundamentales de toda sociedad democrática, prohibiendo en términos absolutos 'la tortura o los tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de las circunstancias y el comportamiento de la víctima' (STEDH 6 de abril de 2000, Labita c. Italia, § 119). Este tribunal también ha precisado que no todo maltrato puede ser considerado 'tortura', siendo necesario que el mismo alcance un mínimo de gravedad para suponer afectación del art. 3 CEDH. En definitiva, '[l]a apreciación de este requisito es relativo por su propia naturaleza; depende del conjunto de las circunstancias del caso, y especialmente del carácter y del contexto del trato o de la pena y de sus modos de ejecución, de su duración, de sus efectos físicos y mentales y, a veces, del sexo, de la edad, y de la salud de la víctima' (STEDH de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido, § 100).*

Como un segundo grado tras la tortura se encuentran, según el mismo tribunal, los tratos inhumanos que son definidos como 'los sufrimientos físicos o psíquicos provocados voluntariamente con una intensidad particular' (STEDH de 25 de abril de 1978, Tyrer c. Reino Unido, § 129) y los tratos degradantes conceptualizados, a su vez, como aquellos que 'han disminuido la dignidad humana de las víctimas o ha despertado en ellas sentimiento de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlas y degradarlas' (STEDH de 11 de diciembre de 2003, Yankov c. Bulgaria, § 104). Esta misma sentencia señala que para determinar si un trato puede ser considerado 'degradante' en el sentido del art.

3 CEDH habrá que valorarse ‘si su objeto es humillar y degradar a la persona en cuestión y si, en lo que respecta a las consecuencias, afectó negativamente a su personalidad de una manera incompatible con el artículo 3 CEDH, siendo que, incluso, la ausencia de tal propósito no puede descartar de manera concluyente la determinación de una violación del artículo 3 (SSTEDH de 19 de abril de 2001, Peers c. Grecia, § 74; 15 de julio de 2002, Kalashnikov c. Rusia, § 101; 11 de diciembre de 2003, Yankov c. Bulgaria, § 105)’.”

En definitiva, la mayor o menor intensidad de la conducta determinará su calificación como tortura, trato inhumano o trato degradante, pero partiendo de la base de que, por su propia definición, todas estas conductas son intrínsecamente graves. De hecho, el art. 15 CE prohíbe, de forma categórica (“en ningún caso”) el sometimiento a estas prácticas, en coherencia con lo dispuesto en el art. 3 CEDH (“nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”). Diferenciar, a efectos de amnistía, entre una especie de tortura grave o menos grave no solo es contrario a la propia caracterización y naturaleza de estos delitos, sino también a la prohibición absoluta de amparar estas conductas, por mandato constitucional y europeo.

Además, tal y como señala la citada STC 166/2021, los arts. 2 y 3 CEDH atribuyen unas obligaciones positivas para los estados, consistentes en un deber de investigación oficial efectiva ya que, en caso contrario, se vulnerarían estos derechos en su vertiente procesal. En concreto, en esa sentencia se recuerda que *“cuando un individuo afirma de manera argumentada haber sufrido, de manos de la policía o de otros servicios equiparables del Estado, malos tratos contrarios al artículo 3 CEDH, esta disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 CEDH de ‘reconocer a toda persona bajo su jurisdicción, los derechos y libertades definidos [...] [en el] Convenio’, requiere, implícitamente, que haya una investigación oficial efectiva. Esta investigación, a semejanza de la que resulta del artículo 2, debe poder conducir a la identificación y al castigo de los responsables (SSTEDH de 27 de septiembre de 1995, McCann y otros c. Reino Unido, § 161; de 11 de julio de 2000, Dikme c. Turquía,*

§ 101, y de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*, § 28). Si no fuera así, el propio artículo 3 CEDH quedaría vacío en la práctica siendo posible ‘para agentes del Estado abusar de los derechos de quienes están bajo su control con virtual impunidad’ (STEDH de 28 de octubre de 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria*, § 102)”. Dejar de perseguir conductas constitutivas de delitos de torturas, tratos inhumanos o degradantes, en función de una supuesta graduación de su gravedad, supondría la vulneración de lo dispuesto en el propio art. 3 CEDH.

iii) El apartado c) viene referido a los delitos de terrorismo, en una redacción que ha sido sometida a sucesivas modificaciones en el trámite parlamentario seguido ante el Congreso de los Diputados, como es público y notorio.

La primera redacción hacía referencia a los “actos tipificados como delitos de terrorismo (...) siempre y cuando haya recaído sentencia firme”. De esta forma, la amnistía beneficiaría a todos aquellos investigados, encausados y/o acusados por delito de terrorismo, e incluso los ya condenados, si la sentencia no era firme. La imprecisión de un elemento fáctico como era la celeridad en la tramitación del procedimiento penal confería a esta excepción una naturaleza aleatoria que, a juicio de este Consejo, entraría en contradicción con los principios de igualdad ante la Ley y de seguridad jurídica.

La segunda redacción hacía referencia a los “actos tipificados como delitos de terrorismo (...) siempre y cuando, de forma manifiesta y con intención directa, hayan causado violaciones graves de derechos humanos, en particular, las previstas en [los] artículos 2 y 3” CEDH, “y en el derecho internacional humanitario”. Y, en esta línea, la vigente regulación, fruto de una tercera redacción, se refiere expresamente a los “actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo, según la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y, a su vez, hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos, en particular las reguladas en los artículos 2 y 3 del

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario”.

Como ya se expuso en el apartado IV.2.2 de este informe, al analizar la compatibilidad de la PLOA con el derecho internacional y europeo, la actual redacción del art. 2, c) PLOA ignora la verdadera naturaleza y gravedad de los delitos de terrorismo, tal y como han sido definidas por los tratados internacionales y, en particular, por la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017. Llama verdaderamente la atención que el precepto analizado contenga una referencia expresa a esta Directiva y que, sin embargo, no tenga en cuenta que, en su considerando segundo, se califica el terrorismo como “una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en los que se basa la Unión. También representan uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros y en los que se fundamenta la Unión”. Y lo mismo ocurre con el preámbulo del Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005, ya citado, en el que se afirma que los “delitos terroristas, así como los previstos por el presente Convenio, sean quienes fueren sus autores, no son en ningún caso justificables con consideraciones de naturaleza política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa o de cualquier otra naturaleza similar, y recordando la obligación de las Partes de prevenir tales actos y, en su defecto, de perseguirlos y de asegurarse de su castigo con penas que tengan en cuenta su gravedad”.

En definitiva, los instrumentos internacionales que vinculan a nuestro Estado no dejan lugar a dudas: todo terrorismo supone una violación de los derechos humanos. No existe terrorismo grave o menos grave. Por lo tanto, aunque no todas las conductas tipificadas como delitos de terrorismo tengan asignadas las mismas penas, en función de sus respectivas características, participan de una naturaleza común que, en sí misma, supone una violación grave de los derechos

humanos, puesto que atentan a bienes jurídicos de especial valor para la convivencia en paz y libertad en una sociedad democrática. Con la vigente redacción de la PLOA podrían quedar abarcados por la amnistía conductas objetivamente graves como la fabricación o tenencia de explosivos, o causantes de graves estragos o daños en la vía pública, redes de comunicación o instalaciones aeroportuarias. Conductas que, además de trasladar un profundo sentimiento de temor entre la población, afectarían a derechos fundamentales básicos como la libertad y la seguridad (art. 17 CE), entre otros.

Por lo demás, como ya se indicó en el apartado IV.2.2 de este informe, las Directivas no son normas penales de directa aplicación, sino instrumentos de armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la UE. Una vez traspuestas al Derecho interno, pierden su vigencia como tales instrumentos, sin perjuicio de ser indicativas de unos principios y objetivos generales, en este caso, en materia de persecución de unas determinadas conductas [sobre el efecto directo de las Directivas en las relaciones entre los ciudadanos y los Estados, y su eventual efecto útil en beneficio del ciudadano cuando no han sido traspuestas puede verse la STC 13/2017, de 30 de enero y las SSTJUE de 4 de diciembre de 1974 (asunto *Van Duyn*), 5 de abril de 1979 (asunto *Ratti*) y 19 de enero de 1982 (asunto *Becker*)]. No obstante, dado que la PLOA no contiene una disposición derogatoria de los preceptos del Código Penal dedicados al terrorismo, estos seguirán vigentes y habrán de ser interpretados y aplicados conforme a su descripción típica, y atendiendo a los compromisos internacionales asumidos por España en la persecución eficaz de esta forma de criminalidad especialmente grave. Pero es que, además, la regulación contenida en el CP español en materia de terrorismo deriva de la sucesiva trasposición de diversos instrumentos europeos de armonización. Por un lado, la Decisión Marco 2002/475/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, asumida por España en su reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo; y, por otro, la ya citada Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, que fue traspuesta a nuestro

ordenamiento jurídico penal a través de la LO 1/2019, de 20 de febrero. De hecho, la reforma del año 2015 fue de tanto calado y se anticipaba de tal manera al contenido de la Directiva de 2017, que la exposición de motivos de la Ley de 2019 alude a la necesidad de “introducir ligeros ajustes” en nuestra normativa penal. En consecuencia, no puede existir contraposición entre el CP español y la Directiva UE. Por lo mismo, tampoco se puede establecer una nueva definición de terrorismo distinta de la contenida en el CP, ni eliminar la obligación nacional e internacional de España de perseguir efectiva y disuasoriamente los delitos de terrorismo.

A lo anterior no puede oponerse un supuesto efecto directo de una Directiva en perjuicio de un ciudadano, porque esa doctrina solo es aplicable cuando la Directiva no ha sido transpuesta, lo que no es el caso. Así se pronuncia la STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 6, con cita de la STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5 y de varias SSTJUE. En concreto, recuerda que *“siempre en relación con el efecto útil de la Directiva en sentido vertical (exigibilidad del particular al Estado,...), se ha venido consolidando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de entre las que pueden citarse, entre otras, las Sentencias de 26 de febrero de 1986, asunto Marshall, núm. 152-1984 (apartados 46 a 49); 22 de junio de 1989, asunto Fratelli Costanzo SpA, núm. 103-1988 (apartados 29 a 31); 1 de junio de 1999, asunto Kortas, núm. C-319-1997 (apartados 21 a 23); y más recientemente las de 8 de mayo de 2013, asunto Marinov, núm. C/142-2012 (apartado 37), y 7 de julio de 2016, asunto Ambisig y AICP, núm. C-46-2015 (apartado 16: ‘según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el Estado no haya transpuesto una directiva en el Derecho nacional dentro de plazo o la haya transpuesto incorrectamente, los particulares sólo están legitimados para invocar en contra del Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales aquellas disposiciones de la directiva que, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas’)*”.

Por lo tanto, los ciudadanos podrán invocar un efecto directo útil de una Directiva no transpuesta, en lo que les sea favorable y con una serie de requisitos, pero

nunca les podrá ser aplicable en su perjuicio, precisamente por carecer de naturaleza penal en sentido estricto. Una vez traspuesta al ordenamiento interno, lo que resultará aplicable, en todo caso, es la normativa nacional.

Al margen de lo anterior, se observa en la redacción propuesta que la exclusión de la amnistía solo tendría lugar si el delito de terrorismo se hubiera cometido “de forma intencionada”. Una intención que, en principio, solo puede determinarse una vez celebrado un juicio oral con todas las garantías y que, por lo tanto, no debería impedir la continuidad de la tramitación de la causa. Además, la expresión utilizada parece querer referirse a un dolo directo o de primer grado que, sin embargo, no puede desconocer la existencia de diversas formas de dolo, como el dolo de segundo grado o el dolo eventual, perfectamente definidas en la dogmática penal, y que podrían ser perseguidas por su notoria gravedad. Y lo mismo ocurriría con la conducta imprudente recogida en el art. 576.4 CP, relativa a la financiación del terrorismo.

En todo caso, la expresión con la que empieza la redacción (“los actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo”) es simplemente redundante, dado que, en coherencia con la normativa europea, los delitos de terrorismos se definen, precisamente, por una determinada intención que, en nuestro Código Penal (art. 573) se describe de la siguiente forma:

“1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.^a Alterar gravemente la paz pública.

3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

Una descripción que no difiere, en lo sustancial, con la contenida en el art. 3.2 de la Directiva 2017/541:

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

En todo caso, la técnica legislativa empleada, al introducir las referencias al terrorismo en el precepto dedicado a describir las conductas excluidas de la aplicación de la amnistía, no puede hacernos perder de vista que, en realidad, con esa técnica quedan amnistiadas la inmensa mayoría de los delitos de terrorismo, con el consiguiente quebranto de los derechos humanos de las víctimas y el incumplimiento de las más elementales funciones que la ciudadanía encomienda a las instituciones para garantizar la libertad y seguridad de todos. Un Estado que deje de perseguir conductas terroristas difícilmente puede ser considerado como un verdadero Estado de Derecho.

iv) El apartado d) excluye de la amnistía los “actos tipificados como delitos en cuya ejecución hubieran sido apreciadas motivaciones” típicamente discriminatorias.

Una vez más, la intencionalidad de la PLOA se pone de manifiesto en la redacción de este apartado. Una somera comparación entre las conductas excluidas en la PLOA y el listado de motivaciones discriminatorias recogido en el denominado delito de odio (art. 510 CP) o en la agravante discriminatoria (art. 22-4ª CP), permite apreciar que se incluyen en la amnistía las conductas cometidas por motivos “ideológicos”, pertenencia a una “nación” o por el “origen nacional” del autor. Parece evidente que se pretende beneficiar, precisamente, a quienes se supone que han cometido determinados hechos delictivos por una

concreta finalidad ideológica, en detrimento de quienes los cometan con otra finalidad, pero también a quienes eligieron a las víctimas por un desenfocado concepto de su origen nacional o de su pertenencia a la nación española.

v) El apartado e) excluye de la amnistía los “actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea”.

Nos remitimos en este punto a lo ya expuesto en el apartado III.2.4 sobre la dificultad de establecer qué concretas conductas quedan amparadas o no por la amnistía. Por lo demás, resulta particularmente llamativo que se pretendan proteger los intereses financieros de la UE, pero no se haga lo mismo con los intereses económicos de la ciudadanía española.

En todo caso, como ya se expuso, los intereses financieros de la UE no pueden desligarse de la adecuada planificación, gestión y ejecución de los presupuestos de los Estados miembros, en un escenario de unión fiscal y monetaria. Además, la normativa europea obliga a los Estados a perseguir eficazmente toda forma de corrupción, incluida la malversación, con independencia del origen formal de los fondos. Nos remitimos en este punto a lo expuesto en los apartados IV.2.1 y IV.2.3 de este informe.

vi) El apartado f) se refiere a los actos tipificados como delitos comprendidos en el Título XXIII del Libro II del Código Penal, es decir, a los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional. En su redacción se observa -de nuevo- una modificación con respecto a su descripción inicial, al incluirse ahora lo siguiente: “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 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de derechos internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

En la medida en que se trata de conductas delictivas que afectan a intereses esenciales de los Estados, no existen disposiciones internacionales dirigidas a armonizar la tipificación de la traición. No obstante, se trata de infracciones penales que afectan a bienes jurídicos de protección universal. Cualquier amenaza de esos valores para un Estado miembro afecta a la propia Unión como institución, por su potencial efecto desestabilizador para el conjunto de los Estados miembros. Por ello, la mera posibilidad de que alguna forma de traición pudiera quedar amparada por la amnistía resulta contraria a los principios y valores en los que se funda la Unión Europea (art. 2 TUE), en un espacio compartido de seguridad y libertad (arts. 21 y ss TUE).

La creciente preocupación mostrada por la Unión Europea sobre las injerencias de terceros Estados se ha puesto de manifiesto recientemente por una doble vía. Por un lado, la Recomendación (UE) 2023/2829 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2023, sobre procesos electorales inclusivos y resilientes en la Unión, con vistas a reforzar el carácter europeo y el desarrollo eficiente de las elecciones al Parlamento Europeo (apartados 28 a 30); y, por otro, la Resolución de 8 de febrero de 2024, sobre la trama rusa: las acusaciones de injerencia rusa en los procesos democráticos de la Unión Europea [2024/2548(RSP)]. En esta última se hace una expresa referencia a las “supuestas relaciones entre los secesionistas catalanes y el gobierno ruso; (...) que, de confirmarse, (...) formaría parte de una estrategia rusa más amplia para promover la desestabilización interna y la desunión en la UE (...) [por lo que] pide a las autoridades judiciales competentes que investiguen eficazmente las conexiones de los diputados al Parlamento Europeo supuestamente relacionados con el Kremlin [entre los que se cita expresamente a don Carles Puigdemont en el apartado N de los Considerandos] y los intentos de desestabilización e injerencia de Rusia en la Unión Europea y sus Estados miembros” (apartado 11).

Por ello, la referencia matizada a la exclusión de los delitos de traición, además de parecer dirigida a eximir de responsabilidad penal a personas muy

determinadas en detrimento del principio de generalidad de las leyes, supone la omisión del deber de investigar delitos de traición cuando afecta a intereses generales, lo que sería contrario a los principios esenciales de la democracia establecidos en el art. 2 TUE, perjudicando los intereses de la entidad supranacional de la que forma parte de España.

En esta línea, no se entienden bien las referencias a la Carta de Naciones Unidas o a una Resolución de ese organismo del año 1970, salvo que se estuviera pretendiendo asimilar a la Comunidad Autónoma de Cataluña como un estado independiente o como un territorio colonial. Y es que, esos textos parten del debido respeto entre naciones iguales y establece como uno de sus principios el deber de los estados de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Además, la Resolución 2625 (XXV) contempla como agresión únicamente la realizada a través de la fuerza, lo que resulta comprensible atendiendo a su fecha de aprobación. Sin embargo, se encuentra muy alejada de la realidad actual. Precisamente, la ya citada Resolución del Parlamento Europeo de este mismo año hace referencia a la “guerra híbrida”, así como a la “manipulación de información” que “amenazan los pilares de nuestras democracias” (apartado 17). Estas, y no otras, son las preocupaciones y los objetivos de la Unión Europea ante unas conductas que, de aprobarse la PLOA, quedarían expresamente amnistiadas.

vii) El apartado g) hace referencia a los actos tipificados como delitos contra la Comunidad Internacional comprendidos en el Título XXIV del Libro II del Código Penal.

Se trata de una mención carente de cualquier relevancia práctica, al no tener constancia de que se haya cometido delito alguno de tal naturaleza, no ya solo en el contexto del denominado proceso independentista catalán.

1.3 Valoración del ámbito objetivo y de las exclusiones: la PLOA es contraria a los principios de legalidad penal, seguridad jurídica, igualdad ante la Ley, así como al Derecho a la Unión Europea.

La valoración que merece la descripción del ámbito objetivo de la norma no puede ser más negativa. Las referencias recogidas en este informe (apartados III.2.3 y III.2.4), sobre la vulneración de los principios de igualdad ante la Ley y de seguridad jurídica que, con carácter general, puede predicarse de una amnistía, se ven confirmadas por el análisis concreto del articulado de la PLOA.

La extraordinaria indeterminación de las conductas incluidas y excluidas (en un ejercicio de aparente funambulismo para intentar abarcar al máximo número de destinatarios que compartan una determinada finalidad basada en su ideología), la selección arbitraria y paradójica de los supuestos, y la ausencia de una justificación que pueda colmar los principios de ponderación sobre la razonabilidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida propuesta, convierten a la PLOA en una iniciativa que, de aprobarse, vulneraría los principios de legalidad penal, seguridad jurídica, igualdad ante la Ley, además de la patente contravención con el Derecho a la Unión Europea, ya indicada.

a) Vulneración del principio/derecho a la legalidad penal

Una Ley de amnistía es una norma de naturaleza penal. La EM así parece admitirlo cuando, en el apartado IV, la compara con la facultad de tipificar o destipificar delitos (sin perjuicio de lo ya expuesto en el apartado VI.5.5 de este informe), o cuando admite que regula supuestos de exención de la responsabilidad penal. Siendo así, resulta exigible el cumplimiento de los requisitos derivados del principio/derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), reiteradamente expuestos por la TC, en su vertiente de *lex certa* o garantía de taxatividad de la norma penal. En una Ley de amnistía, tan importante es determinar quién se va a beneficiar como quién no. La garantía de taxatividad no

alcanza solo a quienes cometen una infracción, sino también a quienes pueden confiar en que no van a ser perseguidos por realizar una determinada conducta.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (ver, por todas, STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2), “[*sintetizada en las SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9, y 243/2012, de 13 de diciembre, FJ 8, entre otras y recientemente reiterada en la STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 14 b*)], la seguridad jurídica ha de entenderse como la ‘*certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados*’ (STC 156/1986, de 31 de enero, FJ 1), procurando ‘*la claridad y no la confusión normativa*’ (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4), así como ‘*la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho*’ (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). En definitiva, ‘*solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica*’ (SSTC 96/2002, de 25 de abril, FJ 5; 93/2013, de 23 de abril, FJ 10, y 161/2019, de 12 de diciembre, FJ 4, por todas). (...)

De acuerdo con la doctrina de este tribunal el principio de legalidad penal recogido en el art. 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, que también ‘*es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo*’, y es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4). Se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los

tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 CE e implica, al menos, tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

La garantía constitucional de *lex certa*, como faceta específica del derecho a la legalidad sancionadora, se desenvuelve, en nuestra doctrina (*vid*, por todas, las SSTC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2; 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 5, y 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5), en dos ámbitos distintos:

a) *Ámbito normativo. De un lado, la garantía de certeza puede resultar vulnerada por la insuficiente determinación ex ante de la conducta sancionable, como defecto inmanente a la redacción legal del precepto sancionador objeto de escrutinio; vulneración que afectaría a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal o sancionador (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3, y 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 5) (...)*”

La indeterminación de la PLOA implica que no sea posible conocer de antemano las conductas incluidas y excluidas de la amnistía, lo que contraviene el requisito de la previsibilidad inherente al principio/derecho a la legalidad penal. El amplio margen de valoración del órgano judicial para determinar la aplicación o no de la norma afectará no solo a quienes se encuentren siendo investigados o condenados, sino también a todas las víctimas o perjudicados por el hecho punible, incluidas las víctimas de los eventuales abusos policiales que se hubieran podido producir [art. 1.1.e) PLOA].

Esa indeterminación también dificultará la aplicación de la norma desde la perspectiva del principio de retroactividad de la norma penal más favorable (art. 9.3 CE), igual que no sería posible aplicar retroactivamente una norma destipificadora de una conducta si no dejara bien claro cuál es la conducta destipificada. Un principio, el de retroactividad de la norma más favorable,

integrado en el derecho a la legalidad penal, que se aplica también a las normas de “*naturaleza procesal o adjetiva*” si de su aplicación o inaplicación se deriva la “*existencia o no de una efectiva e imprevisible limitación de la libertad personal*” (STC 54/2023, de 22 de mayo, FJ 6).

b) Vulneración de los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la Ley

En este punto nos remitimos a lo expuesto, con carácter general, en los apartados III.2.3 y III.2.4. La indeterminación de las conductas amnistiables y no amnistiables afecta ineludiblemente al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en su vertiente de imprevisibilidad de la norma (STC 14/2021, FJ 2), e indisolublemente unido al principio/derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Pero también vulnera el principio/derecho a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE), dada la imposibilidad de encontrar una justificación objetiva y razonable que permita conocer los motivos por los que unas determinadas conductas van a ser amnistiadas, en detrimento de otras.

c) Inexistencia de ponderación de la proporcionalidad entre los fines que se dicen perseguir con esta amnistía y la gravedad de las conductas amnistiables

Otro aspecto que llama notablemente la atención es la ausencia de cualquier tipo de referencia a los elementos de ponderación que se hayan tenido en cuenta, en su caso, para justificar que vayan a quedar amnistiadas conductas que atentan gravemente contra bienes jurídicos de indudable interés general.

Algunos de los actos amnistiables tienen cabida en el Título XXII del Libro II del CP, dedicado a los delitos contra el orden público, es decir, aquellos que atentan contra el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, el ejercicio por las autoridades gubernativas y judiciales de sus funciones -siempre de acuerdo con los principios democráticos que confieren legitimidad a su actuación- y del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la

vida ciudadana en el marco convivencial de la organización democrática del Estado [STS 459/2019, de 14 de octubre, FJ B).4]. Otros se integran en el Título XIX, de los delitos contra la Administración Pública, es decir, contra el correcto desempeño de la función pública conforme al mandato constitucional de dar satisfacción con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE), y cuyo sostenimiento corresponde a todos los ciudadanos porque está a su servicio, y no al servicio de los intereses partidistas o particulares. Algunos otros podrán calificarse como delitos contra la seguridad colectiva (Título XVII), referidos al conjunto de condiciones instituidas por los poderes públicos que aseguran la vida y la salud, la integridad física y mental, así como la propiedad pública y privada, considerados todos ellos como bienes comunes. La renuncia a la seguridad es intrínsecamente contraria al Estado de Derecho.

El principio de proporcionalidad en el establecimiento de conductas y sus sanciones (en los términos ya fijados en su día por la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23 y ss) ha de tener, como reverso lógico, una justificación de los motivos por los que unas determinadas conductas, que atentan gravemente contra bienes jurídicos elementales en una sociedad democrática, van a ser amnistiadas, y no otras.

d) Incumplimiento de los requisitos para su validez constitucional como ley singular.

La indeterminación de las conductas amniables impide conocer, realmente, los criterios de razonabilidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad que justificarían constitucionalmente una Ley singular como la ahora propuesta. Nos remitimos en este punto a lo expuesto en el apartado III.2.5 de este informe.

e) La contravención con el Derecho de la UE

e.1) Como ya se expuso en el apartado IV.2.1 de este informe, la inclusión del delito de malversación en el ámbito objetivo de la PLOA supone la contravención del Derecho de la Unión Europea. Más en concreto:

i) El art. 1.1, apartados a) y b) PLOA, en su alusión a la malversación, y el art. 1.4, contravienen los compromisos internacionales de España asumidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (arts. 17, 31, 30.3 y 57).

ii) El art. 1.1, apartados a) y b) PLOA, en su alusión a la malversación, y el art. 1.4, contravienen el art. 83 TFUE y el derecho de la Unión Europea en materia de corrupción, por aplicación del aludido convenio de la UNODC contra la corrupción como fuente de derecho propia de la Unión Europea con rango normativo superior al derecho derivado.

iii) El art. 1.1, apartados a) y b) PLOA, en su alusión a la malversación, y el art. 1.4, son contrarios a los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho establecidos en el art. 1.1 CE y contra los principios del art. 2 TUE.

iv) En la medida en que el artículo 1.4 carece de carácter general por afectar a personas determinadas contraviene los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho establecidos en el art. 1.1 CE y contra los principios del art. 2 TUE.

v) La PLOA introduce en el ordenamiento jurídico español una contradicción con el art. 30.3 de la Convención contra la corrupción, de forma que los órganos jurisdiccionales nacionales, al igual que otros aplicadores jurídicos incluido el Ministerio Fiscal, habrán de ponderar la continuación de las investigaciones en el caso concreto, sin perjuicio de la formulación de cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea se extiende a las referencias contenidas al delito de malversación en el art. 8, apartados 1 y 2.

Del mismo modo, la resolución por sobreseimiento libre establecida en el art. 11 PLOA es contradictoria con los compromisos internacionales asumidos por España y con el Derecho de la Unión Europea en la materia. La resolución mediante sobreseimiento libre no podría impedir la continuación del procedimiento a los efectos de determinar la verdad material de los hechos.

Además, los arts. 3, 4.d) y 11.5 PLOA contravienen el artículo 3.1.7) del Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, dictado al amparo del art. 82 TFUE en materia de corrupción.

e.2) Por su parte, como ya se expuso en el apartado IV.2.2 de este informe, la exclusión de los delitos de terrorismo, tal y como ha quedado finalmente redactada, supone igualmente una contravención del Derecho de la Unión Europea. Más en concreto:

i) El art. 1 PLOA, en la medida en que pretende amparar determinadas formas de terrorismo, contraviene los arts. 3 y 20 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

ii) El art. 1 PLOA, en la medida en que ampara determinadas formas de terrorismo, contraviene el art. 5 del Convenio de Varsovia contra el terrorismo del Consejo de Europa de 2005 y el art. 1.1.d) del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

iii) El art. 2, c) PLOA, en la medida en que solo excluye determinadas formas de terrorismo, contraviene 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 por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, por impedir la aplicación efectiva de las normas de la Unión Europea emanadas al amparo de los arts. 82 y 83 TFUE, tanto en la persecución como en la imposición de penas y en el decomiso de los efectos derivados del delito.

La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea se extiende a las referencias contenidas a los delitos de terrorismo en el art. 8 PLOA

Además, los arts. 3, 4. d) y 11.5 PLOA contravienen el art. 3 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, en el caso de entender que el decomiso se ha incluido entre las consecuencias del delito beneficiadas por la amnistía; así como el art. 3.1.2) del Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, dictado al amparo del art. 82 TFUE, y que incluye la ejecución, asimismo, de los delitos de terrorismo.

e.3) El art. 2, f) PLOA, en la medida en que solo excluye determinadas formas delictivas de alta traición, contraviene los principios del Estado de Derecho recogidos en el art. 2 TUE, tal y como han sido definidos por la Recomendación (UE) 2023/2829 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2023, sobre procesos electorales inclusivos y resilientes en la Unión y con vistas a reforzar el carácter europeo y el desarrollo eficiente de las elecciones al Parlamento Europeo; y en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 2024, sobre la trama rusa: acusaciones de injerencia rusa en los procesos democráticos de la Unión Europea [2024/2548(RSP)].

2. Análisis del Título II. Efectos

El Título II de la PLOA se encarga de concretar los efectos de su entrada en vigor. Tras sentar la regla general en el art. 3, en el sentido de declarar la extinción de la responsabilidad penal, administrativa o contable de los actos objeto de amnistía, los siguientes artículos concretan los efectos en las diferentes áreas abarcadas por la norma, es decir, la penal (art. 4), la administrativa (art. 5), sobre los empleados públicos (art. 6), sobre las indemnizaciones y restituciones (art. 7) y sobre la responsabilidad civil y contable (art. 8). De entre todos destaca, sobremanera, la regulación contenida en el art. 4 PLOA.

2.1 Análisis y valoración específicos del art. 4 PLOA: la PLOA supone una intromisión en las funciones jurisdiccionales y es contraria al efecto útil de las cuestiones de inconstitucionalidad, de las cuestiones prejudiciales y de las órdenes europeas de detención y entrega

Conforme a este precepto, que también ha sufrido notorias modificaciones a lo largo de la tramitación parlamentaria, se atribuye a los jueces y tribunales, aparentemente, la facultad de aplicar la norma en relación con las medidas cautelares de carácter personal o real que hayan sido adoptadas, en su caso. Sin embargo, la atribución de esta facultad es más aparente que real porque el texto utiliza en todos los casos términos imperativos, es decir, que no dejan margen de maniobra alguna a los órganos judiciales.

Así, el órgano judicial “ordenará la inmediata puesta en libertad de las personas beneficiarias de la amnistía” y “acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real que hubieran sido adoptadas” [art. 4, a) PLOA]; también “procederá a dejar sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención” [art. 4, b) PLOA]; la suspensión del procedimiento penal por cualquier causa “no impedirá el alzamiento de [las] medidas cautelares (...) que implicasen la privación del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas” [art.

4, c) PLOA]; además, “procederá a dar por finalizada la ejecución de todas las penas”, de cualquier tipo [art. 4, d) PLOA]; penas que, en el caso de las privativas de libertad, “no podrán ser abonadas en otros procedimientos penales” [art. 4, e) PLOA]; y se “procederá a la eliminación de los antecedentes penales derivados de la condena por el acto delictivo amnistiado” [art. 4, f) PLOA].

a) El art. 4 PLOA supone una flagrante intromisión en la función jurisdiccional, que el art. 117.3 CE atribuye en exclusiva a los jueces y tribunales. La PLOA impone a los órganos judiciales el sentido de la decisión a adoptar, sin que puedan ejercer facultad alguna de ponderación de las circunstancias concurrentes. Y, además, deben hacerlo de forma “inmediata”, con carácter preferente y urgente (art. 10), en cualquier fase del proceso (art. 11.8).

Si todo esto es así, no se entiende bien la finalidad de la previa audiencia al Ministerio y a las partes (art. 9.1), salvo para dilucidar si el supuesto de hecho se encuentra comprendido en el ámbito objetivo de aplicación de la norma. Y, en este punto, el sistema planteado por la propuesta legislativa pudiera generar disfunciones relevantes para los fines del proceso penal. No parece razonable que se dejen sin efecto las medidas cautelares sin haber determinado, previamente, si la amnistía es susceptible de aplicación en ese caso. Alzar una medida cautelar de prisión provisional puede determinar que se lleve a efecto o se confirme el riesgo de fuga que, precisamente, se pretendía conjurar con la medida cautelar, si finalmente no se aplica la amnistía y el procedimiento debe continuar su tramitación. Y otro tanto puede decirse del riesgo para el aseguramiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito, con el consiguiente quebranto de la razonable expectativa de la víctima para ver compensados los daños y perjuicios derivados del delito. La previsión de alzamiento de medidas cautelares solo tiene sentido si, una vez concedida audiencia a las partes, el órgano judicial considera que la amnistía es aplicable a ese supuesto, lo que habrá de decidir en un plazo máximo de dos meses y no, necesariamente, de forma “inmediata” y “tras la entrada en vigor de la ley”.

b) Una de las modificaciones más relevantes de este precepto a lo largo de su tramitación parlamentaria ha sido la relativa a la eventual influencia o eficacia que pueda tener el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC o prejudiciales ante el TJUE. La redacción originaria del art. 4.4 establecía que las medidas cautelares se alzarán “incluso cuando tenga lugar el planteamiento de (...) una cuestión de inconstitucionalidad”. En la redacción vigente se observa una referencia más sutil, que incluye también las cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En efecto, las reglas contenidas en el art. 4 PLOA, ya descritas, se aplicarán “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, según señala el primer inciso del mismo art. 4 PLOA. No obstante, esta cláusula general inicial se contradice con el contenido material del propio precepto. Es decir, la aplicación de lo dispuesto en el art. 4 es incompatible con afirmar que se hace “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

La EM, en los últimos párrafos del apartado V, introduce una explicación de este precepto que, sin embargo, resulta manifiestamente contraria a la naturaleza misma de las cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad. Según la propuesta legislativa, el alzamiento inmediato de las medidas cautelares, aunque se suspenda el procedimiento, viene determinado por la necesidad de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos deba respetar siempre los requisitos establecidos en el CEDH, en la CDFUE y en la CE, garantizando una base legal sólida para las restricciones a los derechos y libertades. Añadiendo que esta previsión es coherente con el régimen de las cuestiones de inconstitucionalidad y prejudicial europea, que no afectan a la vigencia o eficacia de las leyes, de manera que la fuerza normativa de los derechos obliga a la exigencia del debido sustento legal de cualquier medida restrictiva de estos. No obstante, la EM no tiene en cuenta que la propia aplicación de la norma y el consiguiente alzamiento de las medidas cautelares ha de tener también una

adecuada habilitación legal y constitucional que, en caso de duda, obliga al planteamiento de las cuestiones y la consiguiente paralización del procedimiento.

i) En efecto, la cuestión de inconstitucionalidad, como ya recordara la STC 17/1981, de 1 de junio (FJ 1), es *“un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la CE”*, que vincula a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE). Como instrumento de control concreto, no abstracto -como el recurso de inconstitucionalidad-, las cuestiones de inconstitucionalidad requieren una ponderación de dos elementos esenciales, denominados *“juicio de aplicabilidad”* (STC 133/2004, de 22 de julio, FJ 1) y *“juicio de relevancia”* (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 7). De esta forma, el órgano judicial debe justificar que la norma de cuya constitucionalidad se duda resulta directamente aplicable al caso y es absolutamente determinante para dictar la resolución que corresponda. Sentado lo anterior, no es posible plantear una cuestión de inconstitucionalidad si, al mismo tiempo, se aplica la norma de cuya constitucionalidad se duda; de la misma manera que el planteamiento de la cuestión prejudicial debe suspender la tramitación del procedimiento de origen (art. 35.3 LOTC).

La doctrina del TC es meridianamente clara al respecto, como se expone en el ATC 220/2012, de 27 de noviembre (FJ 3), con cita de otros anteriores, según la cual *“ATC 184/2009, de 15 de junio, FJ 2): ‘Ante esta forma de proceder debemos recordar que la cuestión de inconstitucionalidad presenta en nuestro ordenamiento jurídico carácter prejudicial, de modo que, como ya afirmáramos en los AATC 361/2004, de 21 de septiembre, FJ 4; y 134/2006, de 4 de abril, FJ 2, ‘debe inadmitirse la presente cuestión de inconstitucionalidad pues, efectivamente, no se ha planteado, como debía, en el momento adecuado porque, cuando lo interpone, el órgano ya había aplicado la norma de cuya constitucionalidad no podía dudar, pronunciándose de manera inequívoca sobre el objeto de la cuestión que ahora nos plantea, quebrantando con ello la verdadera finalidad de las cuestiones de inconstitucionalidad. En efecto, en la*

medida en que la cuestión de inconstitucionalidad tiene como finalidad la de suspender el procedimiento y esperar a la respuesta de este Tribunal para la aplicación de la norma, en el presente caso el órgano judicial ya la habría aplicado, con lo que carecería de sentido la duda que posteriormente le surge’.”

En consecuencia, si el órgano judicial duda de la constitucionalidad de la PLOA, debe plantear la cuestión ante el TC, dejando en suspenso el procedimiento, y sin aplicar precepto alguno de la norma, incluidos los relativos a las medidas cautelares, personales o reales. Decretar el alzamiento de las medidas o dejar sin efecto las órdenes judiciales de detención implicaría aplicar la norma, lo que sería incompatible con las dudas sobre su constitucionalidad. Además, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye la tutela cautelar, como se recoge expresamente, entre otras muchas, en la STC 26/2022, de 24 de febrero (FJ Único), con cita de la STC 159/2008, de 12 de diciembre (FJ 8), de manera que el alzamiento de las medidas cautelares podría afectar al desenlace eficaz del procedimiento, con la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial de las víctimas o perjudicados por el hecho delictivo. Como señala el Tribunal Constitucional, *“la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, como ya se ha dicho, que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal”*.

ii) Otro tanto sucede con la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 TFUE.

Como ya se expuso en el apartado IV.2.3 de este informe, la cuestión prejudicial es un instrumento del Derecho Europeo que tiende a garantizar su aplicación eficaz y uniforme en todo el territorio de la Unión. Los jueces nacionales son jueces europeos en la medida en que deben aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión, garantizando su aplicación real y efectiva. Como señala la STJUE de 8 de diciembre de 2022 (asunto CJ, C-492/22 PPU, apartado 63), *“[e]sta obligación de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente*

al régimen del Tratado FUE, en la medida en que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de que conozcan (sentencia de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartado 59 y jurisprudencia citada)”;

En el caso de que exista alguna duda sobre la compatibilidad de una norma nacional con el Derecho de la Unión Europea, el juez nacional debe plantear la cuestión prejudicial. Las excepciones a esta obligación, establecidas en la STJUE de 6 de octubre de 1982 (asunto *Cilfit*), han sido recientemente sistematizadas en la STJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2021 [asunto *Conorzio Italian Management y otros*, C-561/19, apartado 33], y son las tres siguientes: i) que se haya constatado que la cuestión suscitada no es pertinente; ii) que la disposición comunitaria controvertida haya sido objeto de una interpretación por parte del Tribunal de Justicia; o iii) que la aplicación correcta del Derecho de la Unión sea tan evidente que no deje lugar a ninguna duda razonable. El supuesto segundo se corresponde con lo que la doctrina denomina el “acto aclarado” mientras que el tercer supuesto se identifica con lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia denomina el supuesto del “acto claro”. Ninguno de estos supuesto resulta aplicable a la PLOA.

Conforme señala la STJUE de 17 de mayo de 2023 (asunto *BK y ZhP* C-176/22, apartados 26 y 27), el art. 267 TFUE “*establece un diálogo de juez a juez entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo garantizar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de marzo de 2022, Getin Noble Bank, C-132/20, EU:C:2022:235, apartado 71 y jurisprudencia citada). (...)*

Es jurisprudencia reiterada que una sentencia dictada en el marco de un procedimiento prejudicial vincula al juez nacional en cuanto a la interpretación

del Derecho de la Unión a efectos de la resolución del litigio del que conoce [véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 3 de febrero de 1977, Benedetti, 52/76, EU:C:1977:16, apartado 26, y de 22 de febrero de 2022, RS (Efectos de las sentencias de un tribunal constitucional), C-430/21, EU:C:2022:99, apartado 74]”.

De esta forma, el juez nacional no puede verse obligado a aplicar una norma nacional si considera que puede ser contraria al Derecho de la Unión Europea. En tal sentido, la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto A c. B y otros C-112/13, apartados 36 y 37) señala que “*el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (véanse, en particular, las sentencias Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, apartados 21 y 24; Filipiak, C-314/08, EU:C:2009:719, apartado 81; Melki y Abdeli, EU:C:2010:363, apartado 43 y jurisprudencia citada, y Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apartado 45). (...) [y que]*

En efecto, sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión (véanse las sentencias Simmenthal, EU:C:1978:49, apartado 22; Factortame y otros, C-213/89, EU:C:1990:257, apartado 20, y Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, apartado 46 y jurisprudencia citada). Así sucedería, en la hipótesis de un conflicto entre una disposición del Derecho de la Unión y una ley nacional, si la solución de dicho conflicto quedase reservada a una autoridad distinta del juez encargado

de la aplicación del Derecho de la Unión, investida de una facultad de apreciación propia, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia de dicho Derecho no fuese más que temporal (véanse las sentencias Simmenthal, EU:C:1978:49, apartado 23, y Melki y Abdeli, EU:C:2010:363, apartado 44)”.

Por ello, si algún juez español decidiera plantear una cuestión prejudicial estaría facultado para suspender la tramitación del procedimiento. El art. 23 del Estatuto del TJUE prevé expresamente que el órgano judicial nacional suspenda su procedimiento al plantear una cuestión prejudicial; y las propias Recomendaciones del TJUE para el planteamiento de estas cuestiones (DOUE de 8 de noviembre de 2019) así lo reconocen. Y, en esta línea, la STJUE de 17 de mayo de 2023 (asunto BK y ZhP C-176/22, apartado 32) declara que *“el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional que ha planteado una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE suspenda el procedimiento principal únicamente en lo referente a los aspectos de este que puedan verse afectados por la respuesta que el Tribunal de Justicia dé a dicha petición”*, precisamente para garantizar la efectividad de la cuestión prejudicial y la aplicación eficaz y uniforme del Derecho de la Unión Europea. No podría ser de otra forma, ya que no es posible plantear una cuestión prejudicial si se aplica la norma de cuya contravención con el Derecho de la UE se duda, lo que resulta igualmente de aplicación a las medidas cautelares.

La regulación contenida en el art. 4 PLOA, al pretender que los órganos judiciales apliquen la norma al margen de su compatibilidad con el Derecho de la UE, supone una intromisión en la legislación de la UE contraria a la normativa que regula la cuestión prejudicial, así como a su efecto útil y, en definitiva, al principio general que obliga al juez nacional, como juez europeo, a velar por la vigencia y aplicación real y efectiva del Derecho europeo.

iii) Por otro lado, hay que tener en cuenta que la cuestión prejudicial, como cuestión de legalidad ordinaria, habrá de plantearse con carácter previo a una eventual cuestión de inconstitucionalidad.

Como señala la STC 120/2021, de 13 de mayo (FJ 3), con cita de otras anteriores: *“es efectivamente doctrina de este tribunal el que ‘los órganos de la jurisdicción ordinaria no pueden inaplicar una ley postconstitucional vigente sin plantear cuestión de inconstitucionalidad (...). Como también es doctrina consolidada que [r]esulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga esta o no rango de ley) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una ‘duda objetiva, clara y terminante’ sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5 a] (STC 37/2019, de 26 de marzo, FJ 4)”. De manera que “la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. (...) Será tarea del Tribunal Constitucional ‘a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza ‘que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)’ (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)”.*

En la misma línea, la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto A c. B y otros C-112/13, apartado 38) recuerda que *“el Tribunal de Justicia ha señalado que un*

órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relacionado con el Derecho de la Unión y considera que una disposición nacional no sólo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de vicios de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante el juez constitucional. En efecto, la eficacia del Derecho de la Unión se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho de la Unión, ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho (sentencia Melki y Abdeli, EU:C:2010:363, apartado 45 y jurisprudencia citada)”.

iv) Por último, se reitera lo ya expuesto en el apartado IV.2.3 sobre la Orden europea de detención y entrega. La regulación de la OEDE es una materia propia de la UE que persigue eliminar la impunidad y cuya competencia es exclusiva de los órganos judiciales, conforme señala la ya citada STJUE de 8 de diciembre de 2022 (asunto CJ, C-492/22 PPU, apartado 63), doctrina reiterada en la más reciente STJUE de 31 de enero de 2023 (asunto Puig Gordi y otros C-158/21) que, en su apartado 67 señala expresamente lo siguiente: “De reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la Decisión Marco 2002/584 pretende, a través del establecimiento de un sistema simplificado y eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial para contribuir a que se logre el objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el elevado grado de confianza que debe existir entre los Estados miembros [sentencia de 29 de abril de 2021, X (Orden de detención europea — Non bis in idem), C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, apartado 37 y

jurisprudencia citada”. En todo caso, se trata de un instrumento de comunicación y ejecución entre autoridades judiciales (apartados 69, 82 y 83). Por lo tanto, la exigencia de alzamiento de esta medida contenida en el art. 4, b) PLOA, y el consiguiente archivo del procedimiento establecido en el art. 11 PLOA, es contraria a la efectividad de un instrumento europeo que corresponde garantizar a los órganos judiciales nacionales.

2.2 Análisis del resto de preceptos.

El análisis de los otros preceptos contenidos en este Título merece también alguna consideración crítica. Nos centraremos, en particular, en lo dispuesto en los arts. 5, 6, 7 y 8 PLOA.

a) El art. 5 PLOA establece que el “órgano administrativo competente acordará el archivo definitivo de todo procedimiento administrativo incoado al objeto de hacer efectivas las responsabilidades administrativas en que se hubiera incurrido”.

A diferencia de lo que ocurre con otro tipo de responsabilidades, llama la atención que no se haga distinción alguna entre procedimientos en tramitación o que hayan culminado por sanción, ni se haga referencia alguna a la firmeza o no de la sanción.

b) La redacción del art. 6.3 PLOA presenta una notoria incoherencia con el objeto del proyecto normativo, dado que su literalidad permitiría interpretar que la “eliminación” (más bien cancelación) de las notas desfavorables en las hojas de servicio de los empleados públicos podría producirse por cualquier razón diferente a la prevista en la propia norma.

c) El art. 7.2 PLOA podría plantear dudas de constitucionalidad dado que la no restitución de las cantidades abonadas en concepto de multa implica una diferencia de trato no justificada con respecto a otros supuestos en que se

establece la devolución, como ocurre con el alzamiento de determinadas medidas cautelares (art. 8.3). La redacción definitiva de este art. 7.2 PLOA incluye una salvedad a la regla general, consistente en la posibilidad de restituir las cantidades “satisfechas por imposición de sanciones al amparo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, con excepción [a su vez] de las impuestas por infracciones muy graves, siempre que, a criterio de la administración que impuso la sanción, se estime que concurren para ello criterios de proporcionalidad”. La ausencia de toda justificación en el Preámbulo de la PLOA impide efectuar un juicio crítico fundamentado sobre esta excepción, abundando en la apariencia de arbitrariedad y de desigualdad ante la Ley que impregna este proyecto normativo.

d) El art. 8 PLOA establece, en lo que ahora interesa destacar, lo siguiente:

“1. Quedarán extinguidas las responsabilidades civiles y contables derivadas de los actos descritos en el artículo 1.1 de esta ley, incluidas las que estén siendo objeto de procedimientos tramitados ante el Tribunal de Cuentas, salvo aquellas que ya hubieran sido declaradas en virtud de sentencia o resolución administrativa firme y ejecutada.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la amnistía otorgada dejará siempre a salvo la responsabilidad civil que pudiera corresponder por los daños sufridos por los particulares, que no se sustanciará ante la jurisdicción penal”.

En primer lugar, vuelve a llamar la atención que, en el caso de las responsabilidades civiles y contables se excluyan de la amnistía las conductas ya fijadas por sentencia firme y ejecutada, lo que no ocurre con las responsabilidades penales y resulta dudoso para las administrativas.

En segundo lugar, conviene señalar la grave quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se producirá para las víctimas de los hechos delictivos amnistiados (que parecen limitarse a las personas físicas, no jurídicas),

dado que se verán abocadas a reclamar sus legítimos derechos como perjudicados a través de un nuevo procedimiento. Se les impone, por tanto, una carga procesal desproporcionada consistente en iniciar un nuevo procedimiento civil para reclamar sus legítimos derechos como perjudicados por el hecho delictivo, puesto que no los podrán reclamar en el procedimiento penal ya iniciado. Esto supone una excepción injustificada al normal funcionamiento del modelo procesal español que permite a la víctima ejercer no solo la acción penal sino también la civil en un mismo proceso (art. 109 LECrim). Además del consiguiente quebranto económico, esta previsión normativa corre el riesgo de dejar sin tutela efectiva a la víctima, con la consiguiente indefensión, dado que el proceso penal permite obtener los elementos fácticos determinantes de la responsabilidad civil a través de la iniciativa judicial o fiscal, mientras que en el proceso civil esa iniciativa corre a cargo, en exclusiva, de la propia víctima. Además, cabe la posibilidad de que, en el momento de entrada en vigor de la norma, no se hayan determinado cabalmente todos esos elementos fácticos, lo que redundará en perjuicio de una real y efectiva tutela de los derechos de la víctima, ante la falta de datos esenciales para justificar su pretensión en la vía civil, en la que rige el principio de rogación y de aportación de parte. Como es conocido, no existe una exigencia constitucional que imponga la presencia en el proceso penal del ofendido o perjudicado por el delito, pero, una vez admitida por el legislador la figura de la acusación particular, le asiste el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 1/2023, de 6 de febrero, FJ 3). El Ministerio Fiscal, como órgano con relevancia constitucional entre cuyas misiones se encuentra la protección de las víctimas del delito (art. 3.10 EOMF), no puede permanecer silente ante lo que puede suponer un quebranto de un derecho fundamental.

3. Análisis del Título III. Competencia y procedimiento

El Título III PLOA busca definir los cauces a través de los cuales ha de desarrollarse la aplicación de la amnistía en los distintos órdenes jurisdiccionales y administrativos afectados, consignando de forma muy sucinta los aspectos procesales que constituyen especialidades respecto a la tramitación ordinaria.

Así, abarca este Título III el conducto para encajar la aplicación de la amnistía tanto en el proceso penal (art. 11) como en el contencioso-administrativo (art. 12), en el ámbito del Tribunal de Cuentas (art. 13) y en los procedimientos administrativos (art. 14). Además, junto a las disposiciones especiales relativas a cada tramitación, el Título III establece disposiciones comunes sobre la legitimación y competencia (art. 9), el carácter preferente del procedimiento (art. 10), el plazo de prescripción de las acciones (art. 15) y el régimen de recursos aplicables (art. 16).

El art. 9 identifica los órganos a los que habrá de corresponder la aplicación de la figura de la amnistía, sea o no en el ámbito jurisdiccional. En lo relativo a la jurisdicción penal, resulta cuestionable la misma existencia de este precepto, puesto que nada aporta al listado que, con mayor o menor acierto, desglosa la PLOA en el art. 11. Otro tanto puede decirse respecto de las infracciones administrativas y contables, a la vista de lo dispuesto en los art. 12 a 14 PLOA.

El art. 10 comienza su redacción con una obviedad: serán competentes los órganos que la ley defina como competentes. En realidad, la razón de ser del precepto es la afirmación de un carácter preferente y urgente de la adopción de las decisiones pertinentes. No es posible localizar en la PLOA argumento alguno que justifique la razón por la que deba darse un cauce privilegiado a la tramitación de los incidentes derivados de la eventual aplicación de la Ley, en detrimento aparente de otros procesos en los que igualmente se esté resolviendo sobre situaciones que también merecen ser resueltas con carácter urgente y preferente, conforme a la legislación procesal (por ejemplo, en los arts. 504.6; 544 quáter; o 803.1-4º LECrim).

La urgencia de la tramitación se completa con el párrafo segundo del art. 10, que establece un “plazo máximo de dos meses” para dictar las resoluciones que correspondan en aplicación de la PLOA. El cómputo de este plazo puede plantear alguna duda, aunque parece que debe computarse desde la entrada en vigor de la norma. No obstante, contrasta la brevedad de este plazo con la notoria

extensión del “plazo de prescripción de cinco años” previsto en el art. 15 para el ejercicio de las “acciones para el reconocimiento de los derechos establecidos” en la PLOA. No se entiende en qué reside la urgencia en la tramitación de la amnistía cuando no se contempla la menor urgencia en el ejercicio de las acciones. Por otro lado, no existe ninguna indicación de los efectos que produciría el vencimiento del plazo de dos meses, situación que no es descartable en función de la saturación del órgano judicial correspondiente. Tampoco resulta evidente el efecto que se pueda producir en el ámbito de la Administración, por aplicación de las reglas del silencio administrativo (arts. 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas).

El art. 10 PLOA establece una acotación adicional al señalar que las decisiones “se adoptarán” en el plazo indicado, “sin perjuicio de los ulteriores recursos, que no tendrán efectos suspensivos”. Parece que la falta de efectos suspensivos se refiere a los propios recursos, no al plazo de dos meses. La cuestión es que, en teoría, hasta que la decisión judicial o administrativa no sea firme, no se puede considerar amnistiado el acto (art. 9.3). Esto afecta no solo a quienes se aplique inicialmente la amnistía, sino también a quienes no se aplique, que no podrán considerarse beneficiados por la Ley hasta que no se resuelvan los recursos correspondientes, para los que no existe más plazo que el previsto en las normas procesales correspondientes.

El art. 11 PLOA regula el procedimiento a seguir en la jurisdicción penal, en función de la fase procesal en que se encuentra la causa. La propuesta legislativa puede plantear alguna disfunción en los casos del procedimiento ordinario o sumario, dado que el asunto puede encontrarse en fase de investigación ante el Juez de Instrucción, pero el “órgano judicial competente” (art. 11.1 PLOA) para decretar el sobreseimiento libre es la Audiencia Provincial (arts. 622 y ss LECrim) [o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional]. Una vez que entrara en vigor la norma, en su caso, el Juez se vería obligado a concluir el sumario y remitirlo a la Audiencia correspondiente. En tal supuesto, parece que

la ordenación lógica de la fase intermedia del sumario se vería seriamente alterada. La Audiencia no tendría que resolver primero sobre la procedencia o no de la conclusión del sumario (art. 630 LECrim), para después pronunciarse sobre la apertura de juicio oral (art. 632 LECrim), sino que tendría que valorar primero la aplicabilidad o no de la amnistía y, en función de eso, revocar o no la conclusión del sumario. Además, la Audiencia habrá de pronunciarse sobre un sumario que, eventualmente, no estará materialmente concluido, porque habrá sido remitido a la Sala antes de su finalización natural mediante la práctica de las diligencias que el Juzgado considere procedentes. Y todo ello sin perjuicio de que la Audiencia considere no aplicable la amnistía en ese caso y devuelva la causa al Juzgado de Instrucción, única forma de evitar espacios de impunidad en la persecución de hechos delictivos especialmente graves como para ser tramitados en el marco de un sumario.

Las eventuales disfunciones también se pondrán de manifiesto con el alzamiento de las medidas cautelares. El art. 11.8 reitera innecesariamente la regla ya prevista en el art. 4.2.a), una regla que, en el caso de la fase de instrucción de un sumario, supondrá que el alzamiento de las medidas se atribuye al Juez de Instrucción, pero la decisión respecto del sobreseimiento le corresponde a la Audiencia. No parece razonable este desdoblamiento competencial que encomienda a un órgano la cesación de medidas en función de una valoración sobre la aplicabilidad de la amnistía que no le es propia, dado que habrá de llevarla a cabo otro órgano.

Los arts. 12, 13 y 14 PLOA se ocupan de regular el procedimiento a seguir para aplicar, en su caso, la amnistía en los ámbitos contencioso-administrativo, contable y administrativo, respectivamente.

En el ámbito contencioso-administrativo, la competencia se atribuye a “los órganos judiciales ante los cuales se esté tramitando el recurso” (art. 12.1) que habrán de decretar la “nulidad sobrevenida del acto administrativo impugnado” (arts. 12, apartados 2 y 3). Sin perjuicio de que esta regla competencial pueda

ser discutible desde la perspectiva de la naturaleza estrictamente revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, parece que el fundamento de la nulidad vendría determinado por lo dispuesto en el art. 47.1.g) de la Ley 39/2015 (es decir, la nulidad establecida “expresamente en una disposición con rango de ley”). Sin embargo, en caso de sentencias firmes, el art. 12.4 se remite al procedimiento de revisión previsto en el art. 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Una remisión que, en principio, se debe entender a efectos meramente procedimentales, puesto que la aprobación de una Ley de amnistía no encuentra acomodo en ninguno de los apartados contemplados en el propio art. 102 como supuestos habilitantes para la revisión de una sentencia firme dictada en un procedimiento contencioso-administrativo.

En el ámbito de la jurisdicción contable, el art. 13, apartados 2 y 3 PLOA parece condicionar la aplicación de la amnistía a que las “entidades del sector público perjudicadas por el menoscabo de los caudales o efectos públicos relacionados con los hechos amnistiados (...) no se hayan opuesto”. Nada se dice sobre los efectos que puedan producirse en el caso de su eventual oposición, pretensión que parece lógica desde la perspectiva de la necesaria protección del erario público, que debe ser destinado a fines de interés general y social, por mandato constitucional (arts. 31.2; 33.3 y 40 CE).

En el ámbito administrativo, el art. 14.2 PLOA contempla el supuesto de aplicación de la amnistía frente a “actos administrativos firmes o durante la fase de ejecución de las sanciones”, atribuyendo la revisión a los “órganos administrativos competentes”. A falta de mayor concreción al respecto, la propuesta legislativa parece remitirse a las reglas generales sobre revisión de actos administrativos que, según el art. 106.1 de la Ley 39/2015, exige el “previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiera”.

El art. 15 PLOA establece el plazo de cinco años para ejercitar las “acciones para el reconocimiento de los derechos establecidos en esta ley”. Sin perjuicio de lo expuesto al analizar el art. 10, resulta paradójico condicionar la aplicación de los efectos de la norma al ejercicio de las acciones correspondientes por parte de sus eventuales beneficiarios. Si, como señala el apartado II de la EM, la amnistía supone “una renuncia al ejercicio del ius puniendi por razones de utilidad social”, no parece razonable que estos hipotéticos beneficios para la “convivencia democrática” dependan del ejercicio de acciones por los particulares.

4. Análisis de las Disposiciones Adicionales y Final.

La Disposición Final Segunda propone la inclusión de la amnistía entre las causas generales de extinción de la responsabilidad penal en el numeral 4º del artículo 130.1 CP, junto con el indulto. Esta reforma del Código Penal no se corresponde con la naturaleza de la PLOA como ley excepcional y singular, según recoge su propia EM.

De hecho, conviene recordar que la amnistía fue deliberadamente suprimida como causa de extinción de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1995, conocido como “el Código Penal de la democracia”. La exposición de motivos (apartado I, penúltimo párrafo) del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal presentado el 11 de septiembre de 1992, que caducó con el fin de la IV Legislatura tras emitir la Ponencia su informe –en este punto inalterado el texto del Proyecto–, lo expone con toda claridad: “El Libro I termina, como en la actualidad, con las normas referentes a la extinción de la responsabilidad criminal y a la rehabilitación. Respecto del derecho vigente, se producen las lógicas modificaciones que determina una técnica distinta de formular y medir las penas. Puede, no obstante, mencionarse que el derecho de gracia se contrae al indulto particular sin mención, pues, ni del indulto general, ni de la amnistía, pues el primero viene prohibido por el artículo 62 i) de la Constitución, y la segunda no puede nunca admitirse como institución jurídica ordinaria”.

Este párrafo no aparece en la exposición de motivos de la Ley Orgánica que finalmente aprobó el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) en la siguiente legislatura, pero ha de tenerse en cuenta que dicha exposición es señaladamente más breve que la del Proyecto de 1992 que constituye su antecedente: de 28 páginas en el BOCG pasa a poco más de una página y media, limitándose a recoger los principios inspiradores y las técnicas de elaboración.

En conclusión, se propone la supresión de la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tiene por objeto incluir la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal.

La Disposición final tercera establece la entrada en vigor de la PLOA “el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

A juicio de este Consejo, la entrada en vigor de las leyes debería fijarse, al menos, el día siguiente al de su publicación en el BOE, por elementales razones de publicidad y seguridad jurídica.

En Madrid, a +++++

ASOCIACION DE FISCALIA