



FACULTAD DE DERECHO

EL DERECHO DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

Retos y desafíos de la nueva Ley de Amnistía

Autor: Paula Navarro Viana

5º E5

Área Derecho Constitucional

Madrid

Junio 2024

Tutor: Naiara López Echaniz

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art. -artículo

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

TC – Tribunal Constitucional

TS – Tribunal Supremo

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CE – Constitución Española

ÍNDICE:

I.	INTRODUCCIÓN Y MARCO TEÓRICO.....	p.5.
	a. Análisis técnico de la interpretación jurídica: Constructivismo.....	p.5.
II.	CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL.....	p.12.
	a. La amnistía en la Transición.....	p. 13.
	b. El derecho de gracia previamente a 1977.....	p. 14.
III.	CAPÍTULO II: CONSTITUCIONALISMO ITALIANO: REGULACIÓN E INDULTO EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA:	p. 15.
	a. Naturaleza jurídica de la amnistía.....	p.17.
	b. Naturaleza jurídica del indulto.....	p. 20.
IV.	CAPÍTULO III: EL DERECHO DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	p.21.
	a. El derecho de gracia en la Constitución de 1978.....	p. 21
	b. Dictamen sobre la Propuesta de Ley de Amnistía el 10 de octubre de 2023.....	p.22
	c. Estado de Derecho y amnistía.....	p.24.
V.	CAPÍTULO IV: COMENTARIO SOBRE LA PROPUESTA DE LEY DE AMNISTÍA DE 2023.....	p. 26.
	a. Comparativa entre el marco político Ley Amnistía 1977 y Ley Amnistía 2023.....	p. 27.
	b. Doctrina del Alto Tribunal.....	p. 30.
	c. Doctrina tribunales europeos.....	p. 36.
VI.	CONCLUSIONES.....	p. 38.

INTRODUCCIÓN:

Hoy, el debate sobre si el derecho de gracia cabe en el ordenamiento jurídico español está a la orden. Poca (o casi nula) relevancia tiene que adoptemos la posición de entender el derecho desde la teoría del iusnaturalismo o desde una visión positivista ...para todos, el Proyecto de Ley de Amnistía suscita algunas inseguridades jurídicas. En este trabajo trataremos de elaborar un análisis sobre el marco teórico y regulador del derecho de gracia en el ordenamiento jurídico moderno, además de los retos y desafíos que presenta la elaboración de la Ley de Amnistía. El eterno dilema sobre si la justicia y la ley son valores distintos que se enfrentan (propio del autoritarismo) que parecía superado; cobra relevancia en el discurso político hoy. Enfocando sobre todos estos aspectos, el encaje en el sistema constitucional español y su desarrollo legislativo como Ley Orgánica, su posible aplicación y las consecuencias de esta aplicación para el ordenamiento jurídico.

Para algunos el derecho de gracia tiene un valor superior en cualquier ordenamiento jurídico, para otros no se puede considerar justo (postura positivista). En la práctica, (además de la teoría) se dividen los pareceres. Sin embargo, el planteamiento esencial es: “La *gracia*, ¿puede ser un *derecho*?” Intentando no extendernos en el análisis filosófico, consideramos relevante dirimir el alcance de la cuestión. (Arenal, 1999)

MARCO TEÓRICO:

a. Análisis técnico de la interpretación jurídica: Constructivismo:

En los recientes años, se ha estudiado el carácter de los textos constitucionales y la interpretación de estos: para algunos autores, en ella todo cabe. Se sostiene que a través de la técnica interpretativa constructivista se puede dar amparo a la mayoría de las decisiones legislativas; aun siendo contrarias a la literalidad de este texto. Sin embargo, esta opinión jurídica tiene poco alcance, ya que atendiendo al fundamento de una Constitución -principalmente limitar jurídicamente el poder del legislador- tendría poca cabida un alcance extensivo de cualquier interpretación.

Si bien, cabe el constructivismo jurídico en nuestro sistema de legalidad: en cierto sentido, este recrea la capacidad del Derecho de “descubrir” situaciones de hecho bajo el paraguas de lo ya regulado. Como bien sabemos, la realidad es cambiante y los textos legales a veces obsoletos. A partir de la técnica constructivista se permite adecuar el

sentido de las normas a situaciones no contempladas a priori, pero con similitudes a las ya dictadas sin caer en la inseguridad jurídica que conllevaría la modificación constante de normas (véase decretos sobre materias como educación en España y las distintas comunidades autónomas). A diferencia de la interpretación de las leyes, la interpretación de la Constitución, debido a su significado amplio y a que contiene no solo reglas, sino también una variedad de principios y disposiciones abiertas para permitir el pluralismo político permite más libertad creativa para su intérprete político, legislador, y a su intérprete jurisdiccional, jueces y el Tribunal Constitucional. No obstante, tal como se mencionó anteriormente, la capacidad de "crear" tiene límites, ya que, de no tenerlos, la Constitución perdería su función fundamental como norma jurídica imperativa - y no cumpliría la condición esencial de todo Derecho: garantizar la seguridad jurídica-, ya que perdería su carácter predecible y su aplicación equitativa a todos los destinatarios de las normas.

Estos límites a la interpretación constitucional tienen su sentido en que no es posible que sirviéndose de ella como medio, se sorteen los términos que se establecieron en el proceso constituyente. Además, tampoco se puede considerar que se puedan sortear los conceptos jurídicos que se presentan como indubitados en el texto constitucional. Si se excede la interpretación de estos límites, entonces no se estaría interpretando si no, modificándola. Y, por ende, sorteando la legalidad evitando el procedimiento de reforma. Esto, está estrictamente prohibido para los poderes constituidos y por supuesto al Tribunal Constitucional. Esta doctrina ha sido mantenida de forma permanente por el Tribunal Constitucional (en variedad de sentencias).

El Tribunal Constitucional no tiene en su potestad la imposición de lo que considere, ya que no se superpone a la Constitución; si no que la custodia. Dado que es sólo su comisionado, no puede reemplazar el poder constituyente -precisamente por esto, es el protector de su obra-. Es únicamente a través del poder de reforma (Titulo X CE) y no el Tribunal Constitucional el que puede cambiar el contenido de la Constitución. Este hecho es una de las bases que estructuran con seguridad nuestro Estado de Derecho, que no puede transgredirse. Si se transgrediera, se habría destruido la Constitución misma. Según auténticos exponentes de la teoría positivista del Derecho como Kelsen: modificar una Constitución sin seguir su procedimiento de reforma, se trataría de un golpe de Estado. (Kelsen, 2011)

Lo anteriormente expresado, busca referir generalmente a los intentos (de la clase que sea) políticos o legislativos que tengan como finalidad tergiversar nuestro sistema constitucional democrático de Derecho. Por esto, es aplicable, a operaciones lingüísticas que no cumplan con el significado pretendido del art.3 de nuestro texto (Estado monolingüe y Comunidades Autónomas bilingües) o a modificaciones de la estructura territorial del Estado contrarias a los arts.1 y 2 CE (soberanía residente en el pueblo español y unidad indisoluble de la nación española), y por descontado, en el caso de una hipotética e inconstitucional amnistía, contrariando a los arts. 1 CE (Estado de Derecho), 9.3 CE (seguridad jurídica), 14 CE (igualdad de todos los españoles) y 117 CE (independencia y exclusividad judicial) como la que, al parecer, algunos partidos y dirigentes políticos pretenden, se la llame amnistía o se busque al final otro término para referirse al mismo hecho jurídico. (Manuel Aragón para El Mundo, 2023). En definitiva, existen problemas constitucionales al ejercicio de la potestad de gracia por poner en riesgo el carácter normativo de la Constitución y su espíritu consagrando tanto en el Título Preliminar como en los sucesivos títulos.

Conceptuar lo qué se considera definitorio de un Estado de Derecho no es una cuestión fácil -a este punto hemos remitido ya anteriormente- sin embargo, cabe diferenciar lo qué esencialmente se considera como tal en la cultura jurídica europea frente a sistemas basados en el common law. El concepto surge de una variedad de experiencias políticas y tradiciones jurídicas diversas en las que los rasgos definitorios no coinciden plenamente. Para el sistema angloamericano (common law), el rule of law (lo que para nosotros conocemos como Estado de derecho) se refiere a un ideal de gobierno que sienta sus raíces en la historia política inglesa. Por otro lado, los países europeos vinculados en la cultura jurídica europea continental, el Estado de derecho se asocia a un modelo de organización del ejercicio de poder en el Estado moderno. (Postema, 2023) La definición más arraigada parte de una apreciación holística: es decir, se asocia conceptualmente a otros ideales que han sido apoyados con mayor prestigio. Es observable una debilidad injustificada del ideal del Estado de derecho: según Elías Díaz (Díaz, Estado de Derecho y Sociedad Democrática, 1998), está constituido por los derechos humanos –“es la formalización de la democracia”-. Por otro lado, Naciones Unidas también insiste en que el Estado de Derecho es el sometimiento de todos a las leyes, pero siempre que se mantenga el más absoluto respeto y sean compatibles con los

derechos humanos: “compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos”. (Naciones Unidas, 2004)

Siguiendo con la teoría de Postema (Postema, 2023) – gobierno del derecho como lo llama él- el núcleo del significado del Estado de derecho está en la idea de la búsqueda de que los ciudadanos no se conviertan en víctimas del abuso del poder. Se presupone que el derecho es la forma de evitar y prevenir el absolutismo -y por consiguiente, el abuso de poder-. La consecución del ideal del Estado de derecho se basa en tres principios (según este autor):

- Principio de legalidad: aquellos poderes que se hayan prescrito deben respetar la forma legal y actuar coactivamente cuando se da un incumplimiento -el cual se ha de prescribir-.
- Reflexividad: sometimiento de las actuaciones de los poderes al derecho, no a intereses particulares.
- Exclusividad: todas las facultades del poder han de haber sido conferidas. Los actos derivados del poder que gobierna deben de haber sido atribuidos mientras que los ciudadanos pueden hacer todo lo que no esté prohibido. Cada acto del gobierno se reclama de forma exclusiva por el derecho. De forma que, los poderes públicos y agentes oficiales no tienen forma de actuar legítimamente si esa actuación no tiene disposición por el derecho y dentro de los términos establecidos. Toda actuación fuera de los márgenes del derecho (en el sentido de fuera de la autoridad concedida) será cuestión de incumplimiento de un Estado de derecho.

Si consideremos que el conjunto de estos tres principios define un gobierno del derecho; la exención del cumplimiento de él a quien se convenga (por los que detentan el poder) destruye los principios del gobierno de la ley en su propia esencia. El principio de legalidad impera a la aplicación regular y total. Además, la exención del cumplimiento de la ley otorgado por parte del gobernante destruiría también el principio de reflexividad -el poder se exime de cumplir con los preceptos normativos al no acatar el dictamen de aplicación regular de la ley-. Sobre el último principio, la única salvedad de cumplimiento de los dos principios previos se debe especificar en el derecho, si no está expresamente previsto, es contrario a la propia legalidad y al conjunto del Estado de derecho.

De esta manera, se puede prescribir la posibilidad de la existencia del indulto. Puede parecer conveniente la posibilidad de que ciertas personas sean aliviadas en sus condenas. Pero la atribución de esta posibilidad convenga a quien convenga, debe haber estado previamente prevista en el derecho y además al mismo nivel que los principios del Estado de derecho (a los que excepciona). Si no, no se respetarían los límites y condiciones de lo considerado como legalidad. En tal situación, el indulto no tiene un impacto negativo en los principios que definen el Estado de derecho, ya que no es perjudicial para su integridad. Para indultar a alguien, es necesario que haya sido juzgado previamente, que se haya declarado su ilicitud y que se haya decretado su responsabilidad como infractor, aunque esto pueda ser aliviado más tarde.

Si llegamos a un acuerdo para llamar amnistía la eliminación del deber de declarar ilícitos y indulto la remisión de la pena por los ilícitos oficialmente declarados, veremos que las amnistías son más que los indultos. Ambos excepcionan el principio de legalidad que rige el Estado de derecho, sin embargo, la intensidad de uno y otro es bien diferente. Se evidencia que el impacto del indulto es soportable, porque el ilícito y su infractor han sido oficialmente declarados. El de la amnistía, sin embargo, mayor porque lo único que lo superaría sería la dispensa del cumplimiento de la ley de forma anticipada a un sujeto. La disparidad en la manera en que son tratadas aquellas personas que, estando bajo la jurisdicción de una normativa, la acatan en comparación con aquellos que la transgreden y, sin embargo, no solo evaden el castigo sino que también se libran de ser identificados como infractores, es evidente y notoria. La amnistía se asemeja a una dispensa retrospectiva del deber de obedecer la ley: lo que estaba previamente prohibido para todos, y que la mayoría había cumplido, ahora se permite retroactivamente para ciertos individuos que no lo respetaron. De hecho, la diferencia entre la amnistía y la tolerancia hacia la violación de la ley radica únicamente en que la amnistía se concede después de que se hayan perpetrado los actos ilícitos. Es decir, en un momento en el que el perjuicio ya ha sido ocasionado y la ley debería aplicarse únicamente al infractor o ser revocada para todos por igual.

En resumen, de acuerdo con la Constitución, la dispensa del cumplimiento de la ley solo puede ocurrir de una manera: conforme a la ley, la cual puede permitir perdones individuales, siendo esta la única excepción al principio de legalidad reconocida. Cualquier otra acción, ya sea una ley que autorice perdones generales o una que permita

amnistías, estas últimas mucho más perjudiciales para los fundamentos del Estado de derecho que cualquier perdón individual, no está permitida constitucionalmente. Sin una clara y expresa autorización constitucional, otorgar una amnistía implica atribuirse una función que no se posee y, por lo tanto, violar el principio de exclusividad. Además, si la amnistía se otorga en beneficio de los intereses particulares del que detenta el poder, esta decisión contraviene el principio de imparcialidad y nos somete al desagradable espectáculo de un líder eximiendo del cumplimiento de la ley a quienes le conviene para mantenerse en el cargo, lo cual equivaldría a eximirse a sí mismo de sus responsabilidades, otorgando amnistía tanto a sí mismo como a todos sus colaboradores por los delitos cometidos durante su ejercicio de gobierno.

En relación con la Ley de amnistía, numerosos expertos jurídicos han señalado su evidente inconstitucionalidad. Es notable, en primer lugar, que estas objeciones provengan incluso de miembros del Gobierno, liderados por el Presidente, quienes han enfatizado firmemente la falta de encaje constitucional de este instrumento legal. Sin embargo, es irónico que estos mismos individuos, como es habitual, cambien de postura según sus intereses, dando lugar a la famosa cita: "estos son mis principios, pero si no le gustan, tengo otros". Además, resulta relevante destacar las posturas adoptadas por miembros históricos del PSOE, así como por una parte significativa de su electorado, quienes no pueden comprender cómo el menoscabo del Estado de Derecho puede ser justificado como un medio para obtener la investidura. En cuanto a la doctrina constitucional, los análisis realizados por destacados académicos y juristas como Manuel Aragón Reyes (Aragón, 2023), cuyos argumentos en contra de la constitucionalidad de la amnistía comparto, reflejan la opinión mayoritaria, prácticamente unánime, de los constitucionalistas.

La interpretación evolutiva de la Constitución es crucial para adaptar los textos constitucionales a la realidad actual. No obstante, esta técnica no es aplicable cuando se trata de decisiones que incumben a un eventual poder constituyente. En tal caso, utilizarla implicaría que el tribunal de garantías constitucionales no actúe como intérprete, sino como legislador constituyente, lo cual carecería evidentemente de legitimidad. (MacGregor., 2023)

No es extraño ni poco esperado el debate sobre la constitucionalidad de la amnistía, ya que simplemente ateniéndose a la ausencia del término en el texto constitucional el juicio parece pertinente. Como se puede observar, una regulación mediante ley orgánica de una amnistía, por sí sola, resulta difícilmente compatible con la atribución del monopolio de la función jurisdiccional al juez ordinario. Esto entra en conflicto con los derechos de "debido procedimiento legal" y deja desprotegidos a los afectados por las infracciones que se amnistían. Una ley de este tipo simplemente no puede ser constitucional a menos que la Constitución contenga una disposición que respalde la producción de leyes con tales contenidos. Solo tendría la posibilidad de ser constitucional si la ley fundamental incluyera una cláusula habilitante que especificara quién y cómo puede promulgarla, qué procedimiento debe seguirse, qué controles deben existir y qué límites deben establecerse. Dado que la Constitución de 1978 no cuenta con dicha cláusula, se deduce que la amnistía no puede ser constitucional en nuestro caso.

La interpretación a partir de los antecedentes, que demuestra que la cláusula habilitante no se incluyó en la Constitución porque se rechazó esa posibilidad, tanto desde la perspectiva de la prerrogativa de gracia como desde el punto de vista de la reserva de jurisdicción al Poder Judicial y la esfera de competencia de las Cortes Generales, confirma esta conclusión. Es notable señalar que en los casos en los que la Constitución incluye una cláusula habilitante, siempre existen controles sobre la decisión parlamentaria. Por ejemplo, en Portugal, Francia e Italia, el Presidente de la República puede devolver el proyecto al Parlamento para una nueva deliberación. En Francia y Portugal, el Presidente puede enviar el texto aprobado por el Parlamento a la justicia constitucional, mientras que en Italia se requiere una decisión supermayoritaria de dos tercios en cada cámara tanto para cada artículo como para el conjunto del proyecto. En nuestros antecedentes, en el sistema de 1869, corresponde a las Cámaras autorizar la amnistía, pero el Rey tiene la última palabra al respecto. En el sistema republicano, el Presidente de la República está facultado para devolver el texto a las Cortes para una nueva deliberación, y en tal caso, el veto presidencial solo puede ser superado por una mayoría de dos tercios. Todo esto se hace para evitar el riesgo de autoamnistía, un riesgo que evidentemente se corre en el caso de la iniciativa que estamos discutiendo. (Bursón, 2023)

Este trabajo se organiza en seis secciones principales, comenzando con una Introducción y Marco Teórico, donde se realiza un análisis técnico de la interpretación jurídica bajo el enfoque constructivista. Seguidamente, en el Capítulo I: Marco Conceptual, se examina la amnistía durante la Transición, incluyendo sus supuestos de aplicación y efectos, así como una revisión del derecho de gracia antes de 1977. El Capítulo II se dedica al Constitucionalismo Italiano, explorando la regulación de la amnistía y el indulto en la Constitución Italiana, y discutiendo su naturaleza jurídica. En el Capítulo III, se aborda el Derecho de Gracia en el Ordenamiento Jurídico Español, destacando su presencia en la Constitución de 1978, el dictamen sobre la Propuesta de Ley de Amnistía del 10 de octubre de 2023, y la relación entre el Estado de Derecho y la amnistía. El Capítulo IV ofrece un Comentario sobre la Propuesta de Ley de Amnistía de 2023, comparando el marco político de las leyes de amnistía de 1977 y 2023, e incorporando doctrinas del Alto Tribunal y de tribunales europeos. Finalmente, el documento concluye con una sección de Conclusiones, que sintetiza los hallazgos y reflexiones derivadas de los capítulos anteriores.

Esta estructura facilita una comprensión progresiva y detallada del tema, permitiendo al lector seguir el desarrollo del análisis desde los conceptos básicos hasta las discusiones específicas y conclusiones finales.

CAPITULO I: MARCO CONCEPTUAL:

Para algunos, la justicia y el derecho no son valores coincidentes todavía a día de hoy (Barro, 2000). Esta es una de las razones por las que el derecho de gracia se hace necesario: además del “testimonio de la historia; el esplendor y prestigio del poder supremo; la equidad de templar el rigor de las leyes crueles; la necesidad o convivencia de un poder que aprecie las circunstancias personales del reo, y prescindiendo de la ley, atienda solamente a la justicia; la justicia de impedir la ejecución de una sentencia que después de pronunciada ha resultado ser injusta; la convivencia, casi necesidad, de hacer gracia en ocasiones a los delincuentes políticos; la justicia de abreviar la condena de los penados que dan pruebas de arrepentimiento; la necesidad de armar a la sociedad de penas severas que intimiden a los criminales, pero que por medio del derecho de gracia no degeneran en crueles, porque solo se aplican cuando es indispensable”. (Arenal, 1999)

Una vez esbozadas las causas que hacen necesaria la institución de la gracia para la doctrina, intentaremos dibujar una descripción del paradigma historiográfico. No buscamos destruir la historia por completo, ignorar su impacto o ignorar sus enseñanzas; sin embargo, tampoco somos aquellos que aceptan los hechos como pruebas ni deducen su veracidad de su antigüedad. Se sabe que todo lo que ocurre tiene una razón de ser, pero incluso si se considera que esta razón de ser es razonable, la razón de ser no coincide con el modo de ser, y cuando este cambia, las cosas que parecían razonables serán absurdas e injustas muchas instituciones que se creían útiles para la justicia. La tortura, el juicio de Dios, el derecho de asilo, la venganza de la sangre, entre otras cosas, han existido y han desaparecido en los pueblos civilizados, donde la idea de justicia se está volviendo cada vez más evidente. En cierta medida, el derecho de gracia se asemeja a un anacronismo. ¿Cuál es la razón detrás de su supervivencia a las circunstancias a las que se debe? Si la injusticia no es justa, como pretendemos demostrar, ¿por qué no ha desaparecido junto con otras injusticias que no están en línea con la naturaleza de las sociedades modernas? ¿Por qué se encuentra simultáneamente en Estados Unidos, Rusia y Japón?

a. La amnistía en la Transición democrática:

El objetivo de este trabajo no es menos que conceptualizar el derecho de gracia en el paradigma jurídico constitucional y transicional, a través del estudio de la Ley de Amnistía de 1977 y la noción de justicia reflejada en esta. Para ello, habremos de atender al proceso constituyente postfranquista y al proceso de redacción de nuestra Carta Magna. Como objetivo indirecto, trataremos de estudiar si es o no tan necesaria o posible la reforma del “sumo” texto legal.

Tras el conflicto armado que vivió España desde 1936 a 1939, como bien conocido es por todos, se instauró el régimen autoritario liderado por el General Francisco Franco. Tras este periodo de suspensión democrática, España vivió una de sus etapas más fértiles de desarrollo legislativo. El Código Penal fue entre los que más modificaciones sufrió -por no decir, el que más-.

Tras la muerte de Franco y la transición a la democracia en España, se realizaron varias reformas al Código Penal para adecuarlo a los principios democráticos y los derechos

humanos. Algunas de las modificaciones más significativas fueron: la despenalización de conductas: se eliminaron del Código Penal las disposiciones que criminalizaban la disidencia política, la libertad de expresión y otras conductas consideradas como delitos políticos durante el régimen franquista. El reconocimiento de derechos individuales, se introdujeron disposiciones que reconocían y protegían los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de reunión. Introducción de mayores garantías procesales para proteger los derechos de los acusados, como el derecho a un juicio justo, el derecho a la asistencia letrada y el derecho a la presunción de inocencia. Además, se llevó a cabo una reforma del sistema penitenciario: se implementaron cambios en el sistema penitenciario para garantizar el respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y promover su rehabilitación y reinserción social. Se introdujeron disposiciones que tipificaban como delitos graves las violaciones de los derechos humanos, incluidos los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el régimen franquista –“delitos de lesa humanidad”-. (Calero, 2016)

En resumen, las modificaciones al Código Penal tras el franquismo reflejaron el compromiso del Estado español con el respeto a los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Estas reformas contribuyeron a la consolidación de un sistema jurídico más justo y democrático en España.

De todo esto se extrae un concepto de justicia transicional que ya definió la ONU como *“la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”* (Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, 2004)

La reconciliación nacional ha sido descrita con frecuencia como parte evidente del proceso modélico durante la transición española. No obstante, la experiencia española no parece cumplir con las demandas de verdad, justicia y reparación de las víctimas, según la noción de justicia transicional. Y, por ende, se contempló como necesaria la instauración de una Ley de Amnistía en 1977 en el marco del derecho de gracia.

b. *El derecho de gracia previamente a la Constitución de 1978:*

Durante la historia constitucional de nuestra Nación, el Fuero Juzgo refiere el término “merced”¹, las Partidas distinguen “misericordia, merced y gracia”². Aunque estos términos hayan evolucionado a acuñarse como indulto o amnistía, aún suscita confusión sobre la delimitación conceptual de cada uno de ellos, que varía según cada ordenamiento jurídico. Sin embargo, con carácter general coinciden en la suerte de excepcionalidad de la legalidad. Ya sea, mediante la instrumentalización del indulto general o la gracia de indulto particular ambos institutos excepcionan la legalidad. El debate constitucional erguido hoy en día identifica el quid de la cuestión en: si permitiendo la menor, se permite la mayor.

La amnistía por su parte se define como la instrumentalización de la derogación retroactiva con afectación a la norma o bien, al acto considerado como ilícito. Para evidenciar el caso en el que se dé la derogación retroactiva de una norma será necesario atender a las condiciones que pueden darse con ocasión de una ruptura en la secuencia del Ordenamiento por causa de la actuación de un poder constituyente. Las Cortes que se constituyan pueden revisar las conductas que se han calificado como ilícitas anteriormente, y de alguna forma, disponer su licitud. Es en esta instrumentalización como se retrotrae la calificación como fuera preciso. Precisamente así es como ocurrió en España en el año 1977. (Pagés, Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente, 1988). Otra alternativa de este método es la derogación -dejando sin efectos- de la sanción conectada a la conducta ilícita la cual continúa siendo tal. Esta última alternativa, es la que se cuestiona en mayor grado conectando a la constitucionalidad de un Estado de Derecho.

CAPÍTULO II: CONSTITUCIONALISMO ITALIANO: REGULACIÓN DE LA AMNISTIA E INDULTO EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

¹ Título Preliminar de la Ley XIII

² Partida VII, Título 32, Ley Tercera. Una apretada síntesis de la evolución histórica de la clemencia en nuestro Derecho puede verse en E. LINDE PANIAGUA, Amnistía e Indulto en España, Madrid, 1976, págs. 28 y sigs., de donde he tomado los datos recogidos en esta nota y en la que le precede. Sobre la historia de la clemencia en una perspectiva histórica más amplia, y con especial referencia al mundo germánico, cfr. D. MERTEN, Rechtsstaatlichkeit und Gnade, Berlín, 1978, págs. 30 y sigs. Recoge este autor (pág. 31, nota 140) una decena de términos utilizados en el Derecho romano para referirse a distintas modalidades de clemencia: amnestia, abolitio, beneficium, fides, gratia, indulgentia, impunitas, remissio, restitutio y venia.

El derecho de gracia en el Ordenamiento Jurídico italiano, desde su unificación, ha tenido dos regulaciones fundamentales. Aquella que hereda del *Statuto fondamentale del Regno di Sardegna* de 4 de marzo de 1848:

En su artículo 8º decía «*H Re puo far grazia, e commutare le pene*» - “El Rey puede conceder indultos y conmutar penas” que, sin mencionar propiamente la amnistía o el indulto la doctrina ha entendido que ambos poderes están comprendidos en la prerrogativa regia de la clemencia consagrada en este artículo. (Constituzione italiana, 1947)³

En el Proyecto constitucional del año 1947⁴-31 de enero- se recoge la prerrogativa de gracia atribuida al Estado, mientras que durante la vigencia del Statuto previo esta potestad se le confería exclusivamente al soberano.

Decía en su artículo 75, párrafo segundo «L'amnistia e l'indulto sonó deliberati dall'Asamblea Nazionale»- la amnistía y el indulto los decide la Asamblea Nacional- y por otra parte el artículo 83 del mismo proyecto atribuye al jefe del Estado la potestad de «concederé grazia a commutare la pene» - de conceder la gracia y conmutar la pena-.

Puede observarse que la vigente Constitución de la República italiana que entró en vigor el 1 de enero de 1948 en su artículo 79 correspondiente al 75 del Proyecto, modificó este dándole la siguiente redacción «*L'amnistia e l'indulto sonó concessi dal Presidente della Repubblica su legge di delegazione delle Camere. Non posono applicarsi ai reati commessi succesivamente alia proposta di delegazione*» - la amnistía y el indulto son

³ Véase Costituzione italiana, con introducción de GIANGIULIO AMBROSINI (Piccola Biblioteca Einaudi. Testi), Torino, 1975. En apéndice, Statuto fundaméntale del Regno di Sardegna (1848); Costituzione della República romana (1849); Decreto legislativo luogotenenziale (1846); Progetto di Costituzione (1947). También sobre este tema, Le costituzioni italiane, Milano, 1958, con una recopilación de textos relativos a la experiencia constitucional italiana, con amplias referencias bibliográficas, por A. AQUARONE-M. D'ADDIO, G. NECRI.

⁴ Véase Costituzione italiana, con introducción de GIANGIULIO AMBROSINI (Piccola Biblioteca Einaudi. Testi), Torino, 1975. En apéndice, Statuto fundaméntale del Regno di Sardegna (1848); Costituzione della República romana (1849); Decreto legislativo luogotenenziale (1846); Progetto di Costituzione (1947). También sobre este tema, Le costituzioni italiane, Milano, 1958, con una recopilación de textos relativos a la experiencia constitucional italiana, con amplias referencias bibliográficas, por A. AQUARONE-M. D'ADDIO, G. NECRI.

concedidos por el Presidente de la República sobre la base de una ley delegada por las Cámaras. No pueden aplicarse a delitos cometidos con posterioridad a la propuesta de delegación- y en el artículo 87 correspondiente al 83 del Proyecto conservaba la redacción de éste⁵

2.1.1 *Naturaleza de la amnistía*

Habiendo dado cuenta de que por comparativa con el Ordenamiento jurídico español, el tratamiento doctrinal y referencias bibliográficas para la institución de la amnistía y el indulto en Italia, son mucho más extensas (entendiendo a nuestro juicio que en el caso del Derecho español la naturaleza jurídica de la amnistía y el tratamiento de la potestad constitucional son o nulos o no tienen cabida y por tanto se considerará un ejercicio antijurídico)

El Código penal italiano redacta la figura de la amnistía en su artículo 151 de esta manera: (Regio Decreto 19 ottobre 1930, 1930)

Art. 151. (Amnistia) L'amnistia estingue il reato, e, se vi e' stata condanna, fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accessorie. ((56)) Nel concorso di piu' reati, l'amnistia si applica ai singoli reati per i quali e' concessuta. La estinzione del reato per effetto dell'amnistia e' limitata ai reati commessi a tutto il giorno precedente la data del decreto, salvo che questo stabilisca una data diversa. 2. L'amnistia puo' essere sottoposta a condizioni o ad obblighi. 3. L'amnistia non si applica ai recidivi, nei casi preveduti daicapoversi dell'articolo 99, ne' ai delinquenti abituali, o professionali o per tendenza, salvo che il decreto disponga diversamente.

**AGGIORNAMENTO (56) La Corte Costituzionale con sentenza 5-14 luglio 1971, n. 175, (in G.U. 1ª s.s. 21/7/1971, n. 184) ha dichiarato l'illegittimita' costituzionale del comma 1 del presente articolo, nella parte in cui esclude la rinunzia, con le conseguenze indicate in motivazione, all'applicazione dell'amnistia.*

⁵ Vid. G. MoRivtfn, en La Costituente, Roma, 1945, ahora en Racolta di Scritti, t. I, Milano, 1972. V. FALZONE-P. GROSSI, en Assemblea Costituente, en «Enciclopedia del diritto», vol. III, Milano, 1958. E. CHELI, en H problema» storico della Costituente, en «Politica del diritto», 1973.

Traducción del Art. 151. (Amnistía) “La amnistía extingue el delito y, si ha habido condena, detiene la ejecución de la pena y las penas accesorias. ((56)) En el caso de delitos múltiples, la amnistía se aplica a los delitos individuales por los que se concede. La extinción del delito como consecuencia de la amnistía se limita a los delitos cometidos durante el día anterior a la fecha del decreto, salvo que éste establezca una fecha distinta. 2. La amnistía puede estar sujeta a condiciones u obligaciones. 3. La amnistía no se aplica a los reincidentes, en los casos previstos en los incisos del artículo 99, ni a los reincidentes, profesionales o de tendencia, salvo que el decreto disponga otra cosa”.

El Tribunal Constitucional con sentencia del 5 al 14 de julio de 1971, n. 175, (en Gaceta Oficial 1º s.s. 21/7/1971, n. 184) declaró la ilegitimidad constitucional del párrafo 1 de este artículo, en la parte en que excluye la renuncia, con las consecuencias indicadas en la motivación, de la solicitud de la 'amnistía'.

El anterior Código penal de 1889 especificaba en su artículo 86 que “*l'amnistia estingue l'azione pénale e fa cessare l'esecuzione della condanna e tutti gli effeUi penali di essa*” y otorgaba así a esta un tratamiento procesal, la redacción vigente en el art.151 en el Código Penal de 1930 -modificado por última vez en 2018- sitúa los límites a la amnistía en el propio derecho sustantivo.

Para dilucidar la naturaleza jurídica de la amnistía para el ordenamiento jurídico italiano tras la reforma del Código penal - parece que en la redacción del antiguo Código de 1889 podía ponerse en duda que la naturaleza normativa tuviera efectos derogatorios de preceptos penales – sin embargo, el precepto del nuevo Código hoy vigente no deja lugar a dudas sobre la naturaleza derogatoria. Este apunte se aduce indirectamente de la expresión “*l'amnistia estingue il reato*”; primera parte del art.151. Cabe recalcar que la derogación se da de forma transitoria e indirecta. Sobre un precepto penal sustantivo que trata una acción u omisión en concreto: suspendiendo los efectos de la Ley penal que aplique en relación a esos hechos determinados calificándolos.

Sin embargo, parece que lo que resultaba evidenciable en la primera parte del artículo queda oscurecido por la segunda coma del mismo: “*se vi e stata condanna, fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accessori*”. El hecho de que la amnistía haga cesar la ejecución de la condena y las penas accesorias a ella convierten en irrelevante la

necesidad de la derogación transitoria y retroactiva de la norma penal de aplicación que califique como tal una conducta. La suspensión de efectos del precepto penal o procesal en el caso y la consecuente inocuidad de derogación de la norma, deja inalterable la calificación como delictiva de la conducta en específico. En definitiva, la amnistía deja sin efectos el pronunciamiento de la sanción penal, pero no consideramos que derogue únicamente la norma secundaria que establece la sanción, dejando indiferente la norma primaria que contiene el precepto de calificación de la conducta. Según lo aducido por la redacción del art.151 del Código penal italiano, la amnistía es la suspensión o cesación de efectos de la sanción penal. (Zagrebelsky, 2023)

Siguiendo la consideración de la distinción entre norma penal primaria o “norma continente del precetto” y norma secundaria o “que stabilisce la sanzione”, se puede sustentar que la redacción del legislador en el art. 151 delimita los efectos que produce la “derogación transitoria y retroactiva de la norma penal” cuando ya se ha dictado condena. Aunque cabe el riesgo de hacer sospechar una naturaleza distinta según la amnistía se aplique ex ante o ex post sentencia condenatoria. Esto suscita, además, interpretación sobre la naturaleza jurídica distinta de la amnistía con figuras como la “deroga”, “modifica” o “sospensione”.

Se entiende que figuras como la derogación de normas actúan sobre los preceptos penales primarios, a diferencia de la amnistía que opera sobre preceptos secundarios (Panigua)⁶ Esto viene a aducir que, la amnistía dejaría sin efecto las normas que aplicarían las sanciones correlacionadas con la calificación de actos como delictivos; dejando intacta la consideración como tales. De ello se deduce la naturaleza de acto retroactivo. Aunque, como bien sabremos, a la amnistía se le confiere la atribución de derogar tanto normas primarias como secundarias, con carácter retroactivo y temporal.

Nos planteamos si la naturaleza jurídica de la amnistía varía dependiendo de la aplicación de la figura ex ante o ex post de la sentencia condenatoria – como ya hemos explicado, en la segunda tiene efectos derogatorios de normas penales- sin embargo, si el autor de unos hechos que en principio parecen delictivos (por los cuales aún no ha sido procesado

⁶ Véase también MANZINI, Diritto pénale, vol. III, p p. 365 y ss.

según la normativa vigente) es amnistiado, no se podrán calificar como tales y la amnistía no tendrá carácter derogatorio transitorio y retroactivo.

Otra de las cuestiones suscitadas por el análisis de la naturaleza de la norma jurídica de la amnistía es si reviste rango de ley o se trata de una mera Ley formal que produce efectos normativos conforme los que se derogan normas con rango de ley. Algún sector de la doctrina considera que sólo con carácter de norma legal en su plenitud podría efectivamente derogar normas de rango de ley. Otros, sin embargo, afirman que la amnistía podría considerarse un acto que reviste forma de Ley (por ejemplo, en el caso de Italia, del presidente de la República).

2.1.2. *Naturaleza jurídica del indulto*

Por su parte, el indulto se establece en el art.174 del Código penal italiano como una de las causas que construyen la extinción de la pena.

“L'indulto o la grazia condonna, in tutto o in parte, la pena inflitta o la commuta in un'altra specie di pena stabilita dalla legge. Non estingue le pene accesorie salvo che il decreto disponga diversamente, é nep- pure gli altri effetti penali della condanna.” CODIGO PENAL ITALIANO⁷. - El indulto o indulto condona, total o parcialmente, la pena infligida o la conmuta por otro tipo de pena establecida por la ley. No extingue las penas accesorias salvo que el decreto disponga otra cosa, ni extingue los demás efectos penales de la sentencia-.

De la primera parte del artículo se evidencia como carácter fundamental del indulto la extinción de la pena principal, no de la accesoria o de los demás efectos de la condena, de forma generalizada. De otro modo, el indulto no consiste en la revisión de la actividad judicial, la cual aun siendo intachable puede quedar modificada. El indulto no implica la derogación transitoria retroactiva como sí lo hace la amnistía. Si no que, por razones de política social u orden político, se extingue la pena, se reduce o se conmuta por otra.

⁷ (Codice Penale Italiano, 1930)

En el caso de Italia, la institucionalización del indulto ha sido extensa. Desde su establecimiento en el Código penal italiano art.174 CP y por su aplicación procesal derivada de los artículos 591-596 del Código de procedimiento penal hasta la extensa jurisprudencia de la Corte de Casación y la Corte Constitucional, el indulto ha sido delimitado con un régimen legal completo. De esta forma, la interpretación en su aplicación no acude al método analógico como pueda pasar en el caso español.

Así, nuestro estudio de la naturaleza normativa de este instituto será más preciso que en el caso de la amnistía. Entendemos que “el indulto tiene fuerza normativa para modificar la normativa penal y procesal en virtud de la cual se impuso la pena”. Estos efectos de fuerza normativa por si solos no implican la naturaleza normativa del indulto. Para solventar la cuestión, no habrá más que atender a su operación post factum -es decir, una vez dictada sentencia condenatoria firme, la aplicación del indulto se adecuará a la subsunción en el supuesto de hecho de la norma legal.

En conclusión, para que el condenado pueda verse sujeto a una nueva situación jurídica que modifique la anterior condena su actuación o circunstancias debe subsumirse en el “supuesto de hecho” del indulto.

CAPÍTULO III: EL DERECHO DE GRACIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

3.1. El derecho de gracia en la Constitución de 1978.

El derecho de gracia – al olvido y perdón según Miguel Ángel Recuerda Girela – se ha consagrado en nuestra Constitución de 1978 en el art.62; perteneciente al Título II. De la Corona. Además, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, reguladora del derecho de gracia, desarrolla cómo se ejerce este derecho, estableciendo los procedimientos y las condiciones para su concesión. Esta ley complementa lo establecido en la Constitución y proporciona detalles adicionales sobre la aplicación del derecho de gracia en España.

La promulgación de Ley de amnistía ha sido un tema relevante en el contexto político español, especialmente en relación con el conflicto político en Cataluña y la situación de

los líderes independentistas encarcelados. Durante mucho tiempo, algunos partidos y movimientos políticos, incluido Junts, han abogado por una amnistía para estos líderes y otros involucrados en el proceso independentista. Por otro lado, el PSOE, como partido gobernante en España en diferentes momentos, ha mantenido una postura más cautelosa con respecto a la amnistía, prefiriendo en su lugar explorar soluciones dentro del marco constitucional y la legalidad vigente.

La cuestión de la amnistía no ha sido una cuestión alejada de disenso. La mayoría de los debates de tinte político suscitan la constitucionalidad cuestionable de una nueva ley de amnistía después de la otorgada en 1977. En este caso, la ley de amnistía permitió abandonar un clima de represión y alejarse del autoritarismo del franquismo. Para parte de la doctrina⁸, no existe paralelismo posible entre estos hechos históricos y las demandas del independentismo catalán. Sin embargo, se encuentra una clara división de aquellos que afirman que el derecho al olvido y al perdón (en definitiva, la amnistía), es la máxima expresión de la democracia.

3.2. El Dictamen sobre la Propuesta de Ley de Amnistía el 10 de octubre de 2023.

En este marco, se presenta el Dictamen sobre la Propuesta de Ley de Amnistía el 10 de octubre de 2023 (véase. Proposición de Ley núm. 122- 000019) (BOE, 2024) por los autores Nicolás García Rivas -catedrático de Derecho penal de la Universidad de Castilla-la Mancha-; Antoni Llabrés Fuster -titular de Derecho penal de la Universitat de les Illes Balears-; Javier Mira Benavent -titular de Derecho penal de la Universitat de València-; Guillermo Portilla Contreras -catedrático de Derecho penal de la Universidad de Jaén y Rafael Rebollo Vargas, catedrático de Derecho penal de la Universitat Autònoma de Barcelona. El presente dictamen, aunque de evidente corte político, analiza la fundamentación constitucional y procesal penal de lo que en octubre de 2023 fue la propuesta de Ley de amnistía. Además de la determinación de los delitos que comprende, no así a otras consecuencias procesales, laborales o civiles de la misma, que deberán ser objeto de estudio pormenorizado, en el caso de presentarse. Evidenciamos el tinte político por englobarse alrededor de dos iniciativas anteriores: la “Proposición de Ley Orgánica de amnistía y de resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español”

⁸ Como Gonzalo Quintero Olivares, catedrático Derecho Penal; entre otros...

presentada por Esquerra Republicana de Catalunya en el Congreso de los Diputados en 2021 conjuntamente a, la “Proposta de llei orgànica d’amnistia i de resolució del conflicte polític entre Catalunya i l’Estat espanyol” promovida por Òmnium, ERC, JuntsxCat i CUP, entre otros -a partir de la propuesta inicial de “Amnistia i Llibertat”.

Como hemos mencionado, el debate sobre la constitucionalidad de la Ley de amnistía se ha reabierto recientemente en consecuencia a los hechos acaecidos en Catalunya (manifestaciones, intento de declaración unilateral de independencia...)

La proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Catalunya presentada por el Grupo Parlamentario Socialista a la Mesa de la Cámara Baja recibe el nombre de “Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Catalunya” (BOE, 2024) con el número 122/ 000019. Para su tramitación, toda propuesta de ley debe ser acompañada por una Exposición de Motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellas (Art.124 RCD). Además, se tramitarán como proyectos de Ley Orgánica los proyectos y proposiciones de ley a la Mesa del Congreso, oída la junta de Portavoces, otorgue la calificación como tal de acuerdo con lo previsto en el art.81.1 de la CE y a la vista del criterio razonado al respecto que exponga el Gobierno, el proponente o la correspondiente Ponencia en trámite de informe. (Art.130 RCD). Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. (Art. 81.1 CE). Además, para la aprobación, derogación o modificación de las leyes orgánicas se exigirá la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto. (Art.81.2 CE).

Es el Art.62 i) CE el que mediante el término “gracia” se incluyen varias especies: una de ellas, el indulto general -que después se prohíbe expresamente-. Según el autor Juan Luis Requejo Pagés: *“las otras no son objeto de mención nominal alguna, si bien la circunstancia de que aquel precepto excluya una de las variantes sólo puede significar que admite, cuando menos, alguna otra especie y que a ella (o a ellas) se circunscriben los instrumentos de la clemencia en la Constitución”* (Pagés, 2001, pp.81). De este axioma, surge en contrario, la posibilidad del indulto singular o particular. De esta manera, ambas especies del género de gracia serían incluidas en este precepto; aunque

una de ellas fuera para que se prohíba. La duda surge en si la amnistía debe sumarse a ellas, ya que históricamente en nuestro Derecho y en el Derecho comparado se ha contado como uno de los instrumentos para el perdón -en todos aquellos estados considerados como Estados constitucionales de Derecho-⁹. La delimitación del concepto no está exenta de confusión, pues bien, el texto constitucional de 1978 - vigente hoy- refiere al instituto de la clemencia como derecho (art.62 h CE) y de prerrogativa (arts.87.3 y 102.3 CE).

3.4. *El Estado de Derecho y amnistía.*

Primero, cabe definir lo que conocemos como un Estado de Derecho. Los rasgos que configuran un Estado de Derecho desde una perspectiva formalista (positivista) se han convenido a partir de una serie de características que aseguran un ejercicio del poder legítimo basado en la garantía de la libertad, seguridad y la igualdad de los ciudadanos. Aunque cuáles son esas características no es una cuestión pacífica, existen teorías que agrupan conceptos como la justicia y el respeto a los derechos humanos, así como la participación plural y democrática en la elaboración de las normas (denominados como valores *thick*). Sin embargo, cabe mencionar partidarios de la concepción *thin*: que intentan limitarse a un análisis formal o procedimental, no prescindiendo de los sustantivos, pero focalizándose en los primeros. En conclusión, son los valores procedimentales los que todos los Estados de Derecho tienen en común. En este sentido, citamos a autores como Leon Fuller y Cass Sunstein como exponentes del estudio de los caracteres del Estado de Derecho.

El Derecho formulado en reglas generales, prospectivas y basadas en la congruencia, claras, coherentes, estables, que formulen la separación de poderes y el poder legítimo son las bases mínimas para configurar en Estado de Derecho. La igualdad en la aplicación de la ley a determinadas personas es la base formal del Estado de Derecho. Atendiendo a

⁹ Como ya hemos apuntado, en el caso de Italia; cfr. G. ZAGREBELSKY: *Amnistia, indulto e grazia*. Profili costituzionali, Milán, 1974. En relación con Alemania, cfr., por todos, R. HERZOG, Art. 60, en Grundgesetz Kommentar. Sobre Francia, cfr. X. PRETOT, Le pouvoir de faire grâce, Revue du Droit Public 6 (1983), págs. 1525 y sigs. Para los Estados Unidos, cfr. P. BARCROFT, The Presidential Pardon - A Flawed Solution, Human Rights Law Journal, vol. 14, núms. 11-12 (1993), págs. 381 y sigs. Una visión de conjunto puede encontrarse en B. LOZANO, El indulto y la amnistía ante la Constitución, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, 1991, vol. II, págs. 1027 y sigs.

estas reglas generales, queda en evidencia que la amnistía exceptuaría esta aplicación de la ley de forma igualitaria a un grupo de personas determinadas. Autores como Sunstein y Cass R., a quien citamos en su argumentación a través del discurso del autor Rodrigo Tena resuelven como evidente que la amnistía proyectada lo que pretende es, precisamente, sustraer el poder judicial de la ejecución de la ley penal. Exceptuando la aplicación al caso, anulando, además, las condenas ya existentes. Está claro que si se quiebra la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales -los cuales dictarían resoluciones que dejen sin efecto algunas de las consecuencias jurídicas de las mismas- se quebraría la separación de poderes propia de un Estado constitucional y de Derecho: lo que se asimilaría más a un Estado autocrático. Rodrigo Tena expone en su discurso jurídico que la ley de Amnistía únicamente cumpliría propósitos políticos, lo que se conoce como *lawfare*¹⁰

Para conceptualizar el Estado de Derecho en España, acudiremos a los Informes realizados por el Parlamento Europeo desde la Comisión de Venecia en 2016. A partir de la Comisión de Venecia, el Parlamento Europeo sienta las bases del examen del Estado de Derecho en las democracias europeas a partir de “indicadores”. A partir de estos ejes vertebradores, la Unión elabora un Informe anual en cada uno de los Estados miembros.

Hasta 2023, los puntos clave de los temas controvertidos en España eran puntuales como la no renovación del Consejo General del Poder Judicial y la no adecuación del sistema de elección de sus miembros al estándar europeo, junto con la excesiva dependencia gubernamental de la Fiscalía -quedándose así atisbos de una ruptura puntual de la separación de poderes -. Sin embargo, estos incumplimientos eran extraordinarios y puntuales; nada relevantes para considerar que se debiera dar paso a una intervención de los poderes europeos. (Parlamento Europeo, 2022)

Sin embargo, a partir del 13 de diciembre de 2023 aparece la percepción de que España no solo afrontara problemas puntuales si no que nos encamináramos a una “crisis sistémica” de los valores que conforman el Estado de Derecho. Para la UE podría ser posible que se estuvieran dando incumplimientos substanciales que justificarían la

¹⁰ (o guerra jurídica en español), hace referencia a cuando un actor político poderoso instrumentaliza el sistema de justicia para así poder perseguir, neutralizar y hasta destruir a sus competidores o adversarios políticos.

intervención de la UE por poner en riesgo los valores de la Unión (cfr. Art. 7 Tratado de la Unión)

El concepto de Estado de Derecho y el principio de legalidad que actúa como base en las democracias modernas tiene su origen en el pensamiento político de la Edad Moderna. La unión del hecho religioso y del hecho político que caracterizaba la Edad Media deja paso a conceptos como la razón natural, el humanismo y la secularización de la sociedad. Además, el ideal clásico o cristiano ya no influye en la separación moderna de la política frente a la religión. En este ámbito, se define lo que se considera el Estado Moderno (Hugo Grocio) y su soberanía plena. (Grocio, 1716) Frente a la idea del individuo -esencia del pensamiento moderno- surgen las consecuencias en la teoría política: el peso creciente del Estado frente a la concepción de la subjetividad moral es resuelta por el *pacto social*. Es decir, el contrato social es la articulación de la racionalización autónoma. El Estado de Derecho es el imperio de la ley, frente al absolutismo. La sumisión ya no es al Rey - que concentra los poderes-, sino a todos los poderes del Estado. El poder legislativo: que representa a todos los ciudadanos a través del Parlamento, es decir, de esta forma es en el pueblo en el que reside la soberanía. Este órgano elabora las leyes a las que todos los ciudadanos se someten -de acuerdo con la Constitución, Ley Suprema que rige de manera superior-. Los poderes ejecutivo y judicial a su vez han de someterse a la ley en su actuación, y restringirse a su marco de funciones. Algunos autores consideran que la amnistía quebraría la escisión de los tres poderes estatales y, por ende, la quiebra del Estado de Derecho que se define de manera amplia en el imperio de la ley. (Díaz, 2011)

Siguiendo con la idea de la importancia de la ley frente al arbitrio de un soberano, hemos de atender a la jerarquía normativa propia de un Estado que se rige por el imperio de la ley. En las democracias occidentales, (o plenas) la Norma Suprema es la Constitución. Se estructura la jerarquía normativa a partir de un texto con carácter superior, que rige los principios del Estado. Esta Ley fundamental del Estado ordena el régimen básico de derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política. (RAE, 2006). Al tratarse de un texto básico, al cual han de adecuarse tanto la totalidad de desarrollo legislativo estatal como los poderes estatales, trata de ser lo suficientemente amplio para poder desarrollar las actuaciones y deberes de los poderes y actores económicos y sociales. Sin caer en restricciones excesivas, pero evidenciando un claro ánimo democrático (según estándares mínimos de la Unión Europea).

CAPÍTULO IV: COMENTARIO SOBRE LA PROPUESTA DE LA LEY DE AMNISTÍA DE 2023:

Durante el debate sobre la consideración de la propuesta de ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña el 12 de diciembre de 2023, el representante del PSOE destacó la importancia fundamental que tuvo la Ley 46/1977, también conocida como Ley de Amnistía, para la democracia española. Otros portavoces de grupos parlamentarios que respaldaban la consideración de la propuesta también se basaron en este argumento. En mi opinión, esto resulta paradójico, considerando la realidad normativa más reciente.

4.1. Comparativa entre el marco político Ley de Amnistía de 1977 y Propuesta de Ley de 2023.

Sin embargo, la primera propuesta de ley y la más reciente difieren en su naturaleza de manera exponencial. En el nicho del debate parlamentario que acompañaba la ley de amnistía del 14 de octubre de 1977, en la Cámara del Congreso de los Diputados ningún grupo parlamentario se refirió entonces a la posibilidad de aplicar la justicia de forma retroactiva para las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil o la dictadura¹¹.

La atención se centraba en ETA y en la creciente situación de descontrol en el País Vasco, según lo señalado por (Riviera, 2021). Con excepción de Antonio Carro (AP), quien anunció su abstención argumentando que la amnistía debilitaría la autoridad del Estado, y de Rafael Arias-Salgado (UCD), quien resaltó el aspecto histórico de la nueva situación política que la medida representaba, los demás portavoces mencionaron explícitamente que la Ley de Amnistía estaba destinada a liberar a los miembros de ETA que aún estaban

¹¹ La Ley de Memoria Democrática, establece que todas las leyes del Estado español, incluida la Ley de Amnistía de 1977, deben interpretarse y aplicarse de acuerdo con el Derecho internacional, especialmente el Derecho Internacional Humanitario, que considera los crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y tortura como imprescriptibles y no amnistiables. Esta disposición busca simbólicamente rechazar la amnistía que permitió una reconciliación entre españoles, ya que en realidad encubría una "ley de punto final" para los políticos y funcionarios del régimen franquista, aunque la dificultad práctica radica en la desaparición física de los responsables de tales delitos.

en prisión y a resolver la situación de los exiliados y otros terroristas en el extranjero. Los miembros de grupos como el Grapo, la Unión Militar Democrática y, por supuesto, los responsables del atentado contra los abogados de Atocha y otros grupos de extrema derecha quedaban excluidos de la aplicación de la ley.

La Ley de 1977 culminó el espíritu de justicia transicional que se iniciaba en el propio régimen franquista como presupuesto del momento político que se entrevía: después de lo ocurrido en Alemania, Francia e Italia después de 1945. Se anticipaba que ningún plan constitucional lograría establecerse si no se incluía en el proceso constituyente a sectores importantes que habían combatido la dictadura, mediante su participación y acuerdo.

Como resultado del ascenso de Juan Carlos I a la jefatura del Estado el 22 de noviembre de 1975, se emitió un indulto general que benefició a 12,238 condenados, incluidos líderes de Comisiones Obreras encarcelados durante el Proceso 1001 (Panigua, 1976). De estos, alrededor de setecientos eran presos políticos. El 30 de julio de 1976, después de las reformas liberalizadoras del Código Penal y debido a la presión popular, el Gobierno de Suárez aprobó un Decreto-Ley de Amnistía que exoneró de responsabilidad penal o administrativa a 373 personas procesadas o encarceladas por causas políticas. Finalmente, tras la reunión de la Comisión de los Nueve con el presidente del Gobierno en enero de 1977, dos decretos leyes ampliaron la amnistía en marzo, incluso a delitos que hubieran puesto en peligro la vida o integridad de las personas, hasta el 15 de diciembre de 1976, fecha del referéndum de aprobación de la Ley para la Reforma Política.

La mayor parte de los representantes de los partidos políticos refirieron a la necesidad de olvido político para que fuera posible una reconciliación que da inicio con los hijos de los que hicieron la Guerra Civil en 1936.

Durante el debate sobre la proposición de ley el 14 de octubre de 1977, la mayor parte de los representantes de los partidos aludieron a la necesidad de olvidar para culminar el proceso de reconciliación iniciado por los hijos de quienes hicieron la Guerra Civil iniciada en 1936. Un olvido, como apuntaba Xavier Arzalluz (PNV), con el efecto de hacernos recordar, «aunque sea por última vez, que aquí nos hemos reunido personas que hemos militado en campos diferentes, que hasta nos hemos odiado y hemos luchado unos contra otros». Es por ello por lo que, más allá del objetivo concreto de la Ley de 1977 y sus consecuencias prácticas, el Tribunal Constitucional haya considerado la amnistía «como una operación jurídica excepcional que, fundamentándose en un ideal de justicia,

pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa —en sentido amplio— que se rechaza hoy por [ser] contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político» (STC 63/1983)

Por esa razón, la Ley 46/1977 ha sido y sigue siendo un tema de preocupación para el movimiento memorialista español desde principios de la década de 2000. El juez Garzón, en su auto de instrucción sobre la Guerra Civil y el franquismo, señaló su ilegalidad con respecto al derecho internacional, que ya en 1977 obligaba a España a perseguir e investigar los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y la dictadura¹². Por otra parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia 101/2012, apuntó que “solo al legislador le correspondía derogar la ley o al Gobierno denunciar los Tratados de acuerdo con sus propias previsiones. Además, es importante recordar algo que parece evidente: la supuesta imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, incluido el genocidio, solo se puede presumir una vez que hayan sido incorporados a nuestro sistema legal, lo cual no sucedió hasta principios de la década de 2000 con la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desde esta perspectiva, el artículo 2.3 de la Ley 20/2022 parece confirmar legislativamente la jurisprudencia mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo en este ámbito.

En esta parte del capítulo, expondremos la doctrina de los tribunales españoles. Según la doctrina coincidente de las Cortes españolas, la sustentación de la aprobación de una nueva ley de medidas generales de gracia sería una exclusión de los principios de la Constitución. En la Sentencia del 20 de noviembre de 2013, el Tribunal Supremo sostiene que, en nuestro Estado social y democrático, el derecho de gracia ha quedado reducido a la concesión de indultos singulares, al excluirse tanto los indultos de carácter general como la amnistía (art.62.i CE).

La prerrogativa de gracia, como se indica en la sentencia mencionada, debe ser específica para cada condenado y basarse en sus circunstancias individuales. Este poder residual, derivado del poder absoluto, representa una excepción al principio de cumplimiento de

¹² Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, en el que se afirma la competencia de la Audiencia Nacional para entender de los crímenes, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, de detención ilegal sin dar razón del paradero, o desaparición forzosa, en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los altos organismos de la nación.

las sentencias según lo establecido en el artículo 118 de la Constitución Española. Sin embargo, su uso debe estar sujeto a precauciones adecuadas, ya que implica cierta derogación de los principios de universalidad de la ley, así como de la independencia y exclusividad de la jurisdicción.

4.2. *Doctrina del Alto Tribunal*

El Tribunal Constitucional también mantiene una postura contraria a la constitucionalidad de una nueva amnistía. En su Sentencia 147/1986, la define como una acción basada en un ideal de justicia¹³, mediante la cual se intenta eliminar las consecuencias de la aplicación de una normativa anterior que va en contra de los principios de nuestro orden político actual. El Tribunal elabora en detalle sobre este tema doctrinalmente, dado que “no hay restricción constitucional directa¹⁴” sobre la amnistía, explicando que “a contrario sensu”, sí que pueda darse la restricción indirecta de tal gracia, como proclama así¹⁵.

En efecto, la Alta Corte sostiene en la Sentencia 147/1986 que la amnistía constituye una medida excepcional, propia de un momento en el que se consolidan valores, y que afecta el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Esto se debe a que altera las reglas de sucesión de ambos ordenamientos: el anterior, que legitimaba ciertas conductas, y el actual, en el cual esas conductas ya no se consideran aceptables. La amnistía implica un análisis crítico de una etapa superada, con el fin de eliminar los efectos negativos de las normas dictadas durante ese período, lo que resta legitimidad a los actos realizados bajo el orden anterior.

¹³ Cfr. STC 63/1983; Sala Segunda. Recurso de amparo número 500/1982. Sentencia número 63/1983, de 20 de julio.

¹⁴ Cfr. STC 147/1986 de 25 de noviembre, F.2; Núm. 295 de 10 de diciembre de 1986.

¹⁵ El Tribunal Constitucional identifica dos formas de restricción constitucional de las instituciones jurídicas, una directa y otra indirecta. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/2008, de 9 de abril de 2008, en el Fundamento Jurídico Décimo Segundo, se argumenta respecto a lo que se denomina "prohibiciones constitucionales implícitas", una de las cuales corresponde a las "prohibiciones constitucionales absolutas". Se llega a la conclusión, en el caso de esa sentencia específica, de que los preceptos constitucionales analizados en ella no contienen ninguna de estas prohibiciones implícitas que pudieran impedir a los Parlamentos Autonómicos proponer candidatos para Magistrados del Alto Tribunal al Senado.

Atendiendo a la STC 147/1986, Fundamento Jurídico Cuarto, apartado c): el Tribunal observa diferencia “cualitativa” entre el indulto y la amnistía. Por lo tanto, considerando la inequívoca inconstitucionalidad de los indultos generales y en concordancia con la declaración implícita de inconstitucionalidad de la amnistía, como se expuso en la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1986, el Tribunal de Garantías, en su Auto 32/1981¹⁶, declara que la aplicación de medidas generales de gracia está prohibida según lo establecido en el artículo 62 de la Constitución. Este artículo establece un nuevo orden jurídico-político en el cual las medidas generales de gracia carecen de fundamento. Dentro de la categoría de "medidas generales de gracia", se incluye la amnistía. El propio Tribunal aclara que la amnistía se adopta mediante una ley, la cual materializa el ejercicio de la facultad de gracia (STC 147/1986).

Así como hemos avanzado anteriormente, tanto el indulto general como la amnistía se designan conjuntamente como medidas generales de gracia por la tradición jurídico – penal (Real Decreto- Ley 10/1976, artículo quinto y Real Decreto-Ley 19/1977, de Medidas de Gracia, artículo cuarto, apartado segundo).

Por todo lo expuesto, se sobreentiende por el alcance la doctrina jurisprudencial y por exponentes constitucionalistas como la opinión aquí expuesta, que, la Constitución excluye toda nueva amnistía, al prohibir los indultos generales (artículo 62 CE). El menor alcance de los indultos generales, al ser tratadas como normas que extinguen la pena de determinados delitos sentenciados (Real Decreto 2940-75, de 25 de noviembre de 2015, art.1: STS 1275/79, de 7-12-79, Fundamento Jurídico Primero), y su prohibición; evidencian la prohibición de la mayor. El efecto extintivo, que implica la extinción de las penas y la eliminación del delito y todas sus consecuencias -Ley de Amnistía de 1977, artículos 6,8 y 10- , está inherentemente incluido en la amnistía. Por tanto, si el Constituyente considera inaceptable este efecto extintivo en el caso de los indultos generales, reintroducirlo a través de la amnistía, e incluso ampliar su alcance, constituiría una clara violación de la Constitución.

En consecuencia, en la STC 147 de 1986 (a la que nos hemos referido con habitualidad), diferencia conceptualmente entre indulto y la amnistía. Sin embargo, adoptar la

¹⁶ Auto del Tribunal Constitucional 32/1981, de 25 de marzo, Fundamento Jurídico Segundo.

aprobación de la amnistía necesariamente implica adoptar previamente todas las previsiones penales y procesales derivadas de un indulto general. Por lo tanto, una prohibición del indulto general no permite crear separadamente la figura de la amnistía, que es distinta y tiene diferentes objetivos y motivaciones, pero que intrínsecamente incluye el efecto de perdón del indulto general. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera que la prohibición de la amnistía y del indulto son correlativas, de manera que, si el Convenio Europeo de Derechos Humanos excluye una de ellas, también excluye la otra de manera conjunta. En otras palabras, no es viable permitir una de las dos figuras si la otra está prohibida debido al efecto protector de los derechos humanos. Esto se ha establecido en sentencias como los casos *Abdulsamet Yaman vs. Turquía*, *Yeter vs. Turquía*, *Yesil vs. Turquía*, *Pulfer vs. Albania* o *Anca Mocanu vs. Rumania*, en las cuales el Tribunal argumenta sobre la inviabilidad convencional de ambas gracias inseparablemente.

El siguiente interrogante que nos cuestionamos es ¿respalda el Tribunal Constitucional la Amnistía? (Robledo, 2023)

La intensa polémica entre los juristas sobre la amnistía para los condenados e investigados por la declaración ilegal de independencia de Cataluña en 2017 parece estar evolucionando hacia una nueva etapa. Después de que a principios de agosto surgieran un par de artículos a favor de la constitucionalidad de la amnistía y se generara una respuesta negativa de muchos otros, los defensores de la amnistía ahora están presentando una serie de 22 sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con la Ley de Amnistía de 1977, que supuestamente respaldan su posición. (Vidal-Folch, 2023) Resulta sorprendente que ahora se esté abandonando el análisis directo de la Constitución de 1978 para centrarse en lo que el Tribunal Constitucional ha dicho sobre una ley de 1977. Algunos podrían interpretar esto como una estrategia de evasión por parte de quienes están perdiendo el debate, pero prefiero no hacer ese juicio de intenciones y diferenciarme de ciertos partidarios de la constitucionalidad de la amnistía que, entre argumento y argumento, recurren a descalificaciones hacia sus oponentes.

A continuación, evidenciaremos faltas en la argumentación de los juristas que promulgan la evidente constitucionalidad de la propuesta Ley de Amnistía. Si he entendido correctamente la postura de aquellos que respaldan la posibilidad de la amnistía,

incluyendo a juristas prominentes como Juan Antonio Xiol, la derogación establecida en la Constitución implicaría que, si la amnistía en sí fuera considerada inconstitucional, el Tribunal Constitucional habría tenido que pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la Ley 46/1977. Sin embargo, este argumento carece de suficiente fuerza persuasiva, ya que el Tribunal Constitucional ha aclarado extensamente los efectos de la derogación constitucional al afirmar, desde sus primeras sentencias, que "la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional, salvo en lo que respecta a aquellas normas que no pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución" (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio, reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1986, citada en favor de la constitucionalidad de la amnistía). Además, se establece que "la derogación solo puede declararse cuando la incompatibilidad con la Constitución sea indudable, al ser imposible interpretarla de acuerdo con la Constitución" (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1982, de 28 de enero). Entonces, ¿no puede interpretarse conforme a la Constitución una ley de amnistía preconstitucional destinada a mitigar los efectos de una dictadura y fomentar la reconciliación entre los españoles?

En el documento titulado como Dictamen los que mantienen una posición favorable por la amnistía citan varias sentencias del Tribunal Constitucional para trasladar la opinión que mantienen: si el Tribunal no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de la amnistía para mantener una posición favorable o desfavorable no ha sido por falta de oportunidad, por ello se trata de una actitud de permisividad. La primera sentencia que se menciona como respaldo del Tribunal Constitucional a una posible ley de amnistía es la 63/1983, de 20 de julio. Esta sentencia trata un recurso de amparo presentado por la Asociación de Aviadores de la República, quienes buscaban que las personas que se unieron al Ejército republicano después del 18 de julio de 1936 fueran tratadas de la misma manera que los funcionarios civiles en cuanto a la aplicación de la amnistía, lo que implicaba el reconocimiento de los nombramientos realizados por el Gobierno de la República y las consecuencias económicas derivadas de ellos. El caso no se centra en si la amnistía de 1977 fue derogada por la Constitución, sino en si la distinción entre civiles y militares establecida por la ley era compatible con la Constitución, a lo que el Tribunal Constitucional concluyó afirmativamente.

Sin embargo, para los que consideran la favorabilidad de una futura ley de olvido se basan en tres afirmaciones: primero, “la amnistía es un instituto fundado en la clemencia y un ejercicio del derecho de gracia”, segundo, “para ciertos expertos solo comporta la extinción de la pena, para algunos implica la extinción del delito e incluso de la norma anterior” y tercero, “la legislación sobre la amnistía ha de conciliarse con el principio de igualdad pues es algo que se asienta firmemente en el valor igualdad”. Las tres, referidas a legislación previa a la Constitución de 1978 intentan deducir la constitucionalidad de esta ley; pero defender que sea constitucional una ley posterior a la misma Constitución no es admisible. Tampoco lo es si la misma Carta únicamente se reduce a limitar y definir la institución jurídica. Tampoco la interpretación de una ley previa es admisibilidad futura del contenido de una ley futura.

Lo que en conclusión consideramos de la sentencia del año 1983, es que no se podría considerar siguiendo un claro análisis filosófico que la amnistía está sustentada en una razón de justicia. La amnistía se justifica como una medida de justicia que responde a la necesidad de negar las consecuencias de un derecho anterior. Sin embargo, surge la interrogante sobre qué razón de justicia justificaría amnistiar a aquellos condenados e investigados por su participación en el acto de proclamación ilegal de la independencia de Cataluña, en contravención al ordenamiento democrático español desde las instituciones establecidas por la Constitución. Además, se cuestiona cuál sería el derecho anterior que ahora se rechaza. Las respuestas desde la filosofía jurídica pueden ser claras, pero se prefiere hacer una afirmación menos evidente sobre la "democracia avanzada" que establece nuestra Constitución: previamente a las elecciones del 23 de Julio ni el PSOE ni Sumar encontraron motivos jurídicos para incluir la amnistía en su programa electoral.

Por otro lado, se hace referencia a la sentencia número 76 de 1986 de 9 de junio: tratándose de un recurso de inconstitucionalidad contra las leyes del País Vasco 11/1983, de 22 de junio, y 8/1985, de 23 de octubre, no contienen disposiciones de amnistía. En lugar de eso, se centran en otorgar derechos económicos, pasivos y profesionales a un grupo específico de individuos que trabajaron para la Administración vasca entre el 7 de octubre de 1936 y el 6 de enero de 1978. A pesar de que el Tribunal Constitucional las haya considerado constitucionales, estas leyes no implican una amnistía, sino que establecen derechos para dicho grupo de destinatarios.

Además, en la sentencia se encuentra una frase que evidencia que el Tribunal Constitucional, al hablar de la amnistía, siempre se refiere a poner fin a las injusticias del franquismo: "sobre este presupuesto operará la amnistía extinguiendo la responsabilidad, según unos (el delito o la falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de justicia, las consecuencias de un Derecho anterior, que se repudian al constituirse un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de ilicitud de aquellas actividades". Frente a esta declaración, solo un voluntarismo extremo podría concluir que una frase concebida en el contexto de franquismo versus democracia, y como una mera hipótesis u obiter dictum que no afecta al razonamiento principal ("solo el legislador constitucional y mediante una ley de amnistía podría otorgar vigencia presente a normas antiguas, como las de la etapa republicana"), es una prueba irrefutable de que la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1986 respalda una amnistía para los implicados penalmente en el proces.

La tercera sentencia mencionada a favor de la constitucionalidad de la amnistía es la 147/1986, de 25 de noviembre, que aborda varias cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con la "Disposición adicional de la Ley 1/1984, de 9 de enero, de adición de un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía". Por primera vez, parece que nos enfrentamos a una sentencia que trata sobre una ley de amnistía posterior a la Constitución. Sin embargo, es importante notar por nuestra cuenta que los eventos regulados en la Ley 1/1984 ocurrieron antes de la instauración del Estado de Derecho en España. Como el propio Tribunal Constitucional explica: "la Ley 1/1984 no tiene sentido autónomo, sino que aclara algunos aspectos debatidos del régimen jurídico de la Ley de 1977, en la que realmente se ejerce la facultad de gracia". La conclusión que se deriva de esta falta de autonomía la proporciona el propio Tribunal Constitucional: "la Ley 1/1984 ni siquiera supone en sí misma una manifestación del ejercicio del derecho de gracia, ya que constituye simplemente una precisión en el régimen jurídico de este, y el problema radica en determinar si el legislador no ha infringido con el contenido de dicha Ley otras disposiciones constitucionales que las contenidas en el artículo 62 i) de la Constitución Española".

Cabe destacar que el fallo fue la inconstitucionalidad de esa Ley 1/1984 por vulnerar la seguridad jurídica. Exactamente, si la Ley 1/1984 no era una ley de amnistía en sentido

estricto, no regulaba eventos posteriores a la entrada en vigor de la Constitución y además fue declarada inconstitucional, resulta difícil ver cómo las opiniones emitidas por el Tribunal Constitucional sobre esa ley podrían respaldar la constitucionalidad de una ley de amnistía de 2023 para los condenados y procesados del *procés*.

4.3. *Doctrina de los tribunales europeos*

Para contextualizar el marco normativo de la amnistía, es necesario hacer un breve resumen de la jurisprudencia europea sobre la amnistía. El Tribunal de la Unión Europea (Sentencia del TJUE de 16-12-21, C-203/20, caso “AB contra Eslovaquia”) declara que la decisión sobre si procede o no la amnistía es prerrogativa de cada Estado. Sin embargo, esto no es sinónimo de regulación libre: se puede contrastar con la normativa comunitaria en otras cuestiones: ejemplo la información que debe aportar España sobre protección de los derechos, la independencia judicial en la aplicación de la amnistía o el respeto a la intervención entre poderes... sobre estas cuestiones versa la doctrina que ha elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es necesario garantizar la protección de los derechos humanos. En el caso "Margus contra Croacia", el Tribunal (Sentencia del caso «Margus vs. Croacia», 2014) establece que los actos que violan los derechos humanos, como la muerte de civiles o las lesiones a menores, no pueden ser perdonados según lo establecido en la Ley de Amnistía de 25 de septiembre de 1992, relacionada con la guerra de los Balcanes. El Tribunal se basa en las disposiciones del Convenio Europeo (Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 2 y 3, 2010) y otros instrumentos internacionales pertinentes -Convenciones de Ginebra de 1949 para la protección de víctimas de conflictos armados, Convención para la protección de militares heridos en campo de batalla, Convención sobre trato a prisioneros de guerra, Convención para la protección de civiles en tiempo de guerra, Convención para la protección de civiles en conflictos no internacionales, Convención contra el genocidio, y Convención contra la tortura y tratos inhumanos y degradantes-.

La Corte sostiene que las acciones que afectan la integridad física o moral (art.3 · CEDH: *Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*) no pueden ser objeto de amnistía. Este principio se confirma en un caso de agresión sexual en grupo, sin causar lesiones, conocido como el caso "E.

G. contra Moldavia".¹⁷ A pesar de que uno de los autores, menor de veintiún años, había sido condenado a cinco años de prisión en mayo de 2012, el tribunal aplicó la Ley de Amnistía de 10 de julio de 2008, aprobada durante el Año de la Juventud, que perdonaba a los menores de veintiún años por delitos castigados con menos de siete años de prisión. Sin embargo, esta gracia fue anulada judicialmente en 2013 debido a que el condenado estaba prófugo en el momento de su otorgamiento, habiendo escapado de la justicia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al examinar el caso presentado por la víctima, argumenta que las agresiones sexuales están dentro del ámbito del artículo 3 del Convenio, lo que obliga a los estados a tomar medidas para penalizar la violación y llevar a cabo investigaciones efectivas. Además, establece que cualquier condena firme por abuso sexual debe ejecutarse sin demora, aplicando el principio similar al del artículo 2 del Convenio que protege el derecho a la vida. La sentencia del caso «E.G. vs. Moldavia» comentada, identifica «agresión sexual» (párrafo 39) con «abuso sexual» (párrafo 41), por lo que las agresiones sexuales no violentas, tipificadas en España de la entrada en vigor de la ley orgánica 10/2022, no pueden ser indultadas ni amnistiadas. La Corte también enfatiza que ningún acto de tortura o agresión, ya sea perpetrado por funcionarios estatales o individuos particulares, puede ser objeto de amnistía o indulto, como se sostiene en el caso "Pulfer vs. Albania"¹⁸. Dado que la agresión sexual constituye una violación tanto de la integridad física como moral, no puede ser perdonada ni indultada, ya que esto infringiría los artículos 3 y 8 del Convenio. El Tribunal adopta una interpretación amplia de la integridad moral, que incluye el acoso¹⁹, así como delitos que representan un riesgo real y efectivo, incluso si son cometidos por particulares en grupo²⁰.

El TEDH advierte que una aplicación incorrecta de la amnistía, permitiendo que un condenado se beneficie temporalmente de una gracia incorrectamente concedida,

¹⁷ Sentencia firme en el caso «E. G. vs. Moldavia», Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Segunda, resolución de 13-4-21, número de procedimiento 37882/13, adoptada por unanimidad por los Magistrados Excmos. Sres. Kjolbro (presidente), Bosnjak, Pejchal, Gritco, Ranzoni, Koskelo y Yüksel.

¹⁸ En la sentencia del caso Pulfer vs. Albania, del 20 de noviembre de 2018, en los párrafos 83 y siguientes, también se aborda el tema de delitos que afectan la integridad moral, perpetrados no por agentes estatales, sino por individuos privados. En este contexto, se aplica la doctrina establecida en el caso E.G. vs. Moldavia, la cual sostiene la imposibilidad de otorgar amnistía o indulto a estos particulares, basándose en los argumentos presentados en dicho caso.

¹⁹ «Dordevic vs. Croacia», de 24-7-12, asunto 41526/2010, párrafo 97.

²⁰ Sentencia del caso Pulfer vs. Albania, párrafo 82.

especialmente si escapa durante ese tiempo, constituye una violación de los procedimientos esenciales del Convenio. Cualquier falta de coordinación entre las autoridades estatales que permita un beneficio injusto de una amnistía también viola el Convenio.

En consecuencia, la Corte concluye que otorgar amnistía al condenado prófugo, así como la falta de ejecución de la condena, violaron los artículos 3 y 8 del Convenio. Por tanto, cualquier delito cuya amnistía se plantee, según la Proposición presentada al Parlamento español, que pueda lesionar o poner en riesgo algún derecho humano o la integridad física o moral, no puede ser objeto de amnistía.

V. CONCLUSIONES:

“Amnistía” es una palabra que viene del griego y significa “amnesia”, por lo que hace referencia al olvido. Con lo cual, este olvido parece que sería la intención pretendida por los que han impulsado esta legislación. Según la concepción del derecho penal actual la amnistiase suele entender como el borrado y la eliminación de todos los efectos producidos por una conducta delictiva. Al contrario de lo que sucedería con un indulto el que únicamente se vería perdonada la pena como consecuencia principal de todo delito; la amnistía en cambio borraría también la responsabilidad civil, los antecedentes penales, las medidas de seguridad y cualquier otra consecuencia; impidiendo incluso que se pueda celebrar un juicio para la determinación de responsabilidades criminales. Mientras que el indulto solo se puede conceder una vez la pena ha quedado determinada.

En el ordenamiento jurídico español se conocen hasta veintitrés leyes de amnistía, desde que viene existiendo un consenso genérico sobre la figura: “manifestaciones del derecho de gracia” -donde se entroncaría la amnistía-. Aunque la más conocida, la cual se aprobó, fue la ley de amnistía de 1977 que dio origen a la Transición de la democracia y la aprobación de la Constitución.

Sin embargo, la conclusión de este trabajo no es más que esgrimir a modo grosso algunos de los argumentos para cada una de las posiciones contraria: entre los que asumen la constitucionalidad de la Proposición de Ley Orgánica para la amnistía y los que niegan que presente encaje constitucional por ser esta la finalidad -precisamente- perseguida por

los que constituyeron las Cortes legislativas en 1977 -las cuales dieron lugar a la presentación de la Carta Magna en 1978-. A priori para los que consideran la Ley de Amnistía posible, no parece que la ley haya quedado derogada, al menos no expresamente por la Constitución, sino que nuestros tribunales en recientes sentencias (sobre todo nuestro Alto Tribunal: el Tribunal Supremo) ha reconocido la plena vigencia de la normativa sobre amnistía reconociendo que únicamente el Parlamento podría derogarla, pero no en cualquier caso la Constitución. Nuestro texto constitucional no recoge la palabra “amnistía” propiamente, lo que para alguna parte de la doctrina considera como argumento mollar para defender la constitucionalidad: si no se reconoce de forma expresa quiere decir que no se puede realizar, mientras que los detractores afirman que ese silencio reconoce o legitima su aplicación.

Cabe mencionar que, en las Cortes constituyentes de 1977, la enmienda 504 y 744 pretendían la inclusión expresa de la amnistía en nuestra Carta Magna; sin embargo, ambas fueron rechazadas sin esgrimir argumentos de su porqué. Si bien es cierto que incluir un rechazo explícito a esa figura habría puesto en peligro la amnistía aprobada un año antes; la cual fue la piedra fundacional de la Transición y permitió construir la democracia. La pregunta clave de este debate político-social es si la nueva Ley de Amnistía -con su consecuente ruptura excepcional del principio de separación de poderes, primacía e igualdad ante la ley (valores esenciales y constituyentes de la democracia actual)- podría adecuarse o no a los principios y valores constitucionales.

A lo largo de este trabajo, hemos enumerado diferentes puntos argumentativos sobre la relevancia de la regulación de la amnistía en el panorama constitucional de nuestro país. Las razones históricas, políticas y legales como el movimiento independentista catalán y la causa judicial contra los dirigentes del fallido proceso independentista de 2017 que originó la idea de amnistiar a estos líderes son algunas de las claves del debate presentado. La amnistía tiene como fin la extinción de la responsabilidad penal y de las penas impuestas por ciertos delitos, que generalmente se aplica por razones políticas o para facilitar la reconciliación nacional. La posición defendida en este trabajo, sin embargo, no supedita la reconciliación nacional a la consecución de una Ley de Amnistía. Ya que, consideramos que la seguridad jurídica y el cumplimiento con los principios del Estado de Derecho -el más relevante la separación de poderes- debe situarse con un mayor valor

que el simple recuento de votos para hacerse con el recuento de escaños suficiente para formar gobierno.

BIBLIOGRAFÍA:

1. LEGISLACIÓN:

Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 2 y 3 de 1 de junio de 2010, (BOE núm. 130, de 28 de mayo de 2010) . Obtenido de https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa

Proposiciones de Ley, De 30 de enero de 2024. DICTAMEN PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA PARA LA NORMALIZACIÓN INSTITUCIONAL, POLÍTICA Y SOCIAL EN CATALUÑA. 122/000019, Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Madrid, Madrid, España: Boletín Cortes Generales.

Regio Decreto, de 19 de octubre de 1930. (Gazzeta Ufficiale núm.1398 de 1 de julio de 1931) . Obtenido de https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale/575_1_1

2. JURISPRUDENCIA:

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Demanda núm. 4455/10, Caso MARGUS v. CROACIA, de 27 de mayo de 2014, (versión electrónica – base de datos HUDOC) Fecha última consulta: 9 de junio de 2024.

3. OBRAS DOCTRINALES:

Arenal, C., *El derecho de gracia ante la justicia*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 1999.

Barro, R., *Democracy and the Rule of Law*, In B. B. de Mesquita & H. Root - *Governing for Prosperity*, Yale University Press, 2000.

Bursón, F. J., *¿Es constitucional una ley de amnistía? Estado actual de la cuestión: argumentos a favor y en contra*, Corts Valencianes, Valencia, pp. 83- 128, 2023.

Calero Sevillano, F., *Política y criminalidad en el «nuevo Estado» franquista. La criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 35, 2016.

Cervantes, Granada, 1650. Obtenido de Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/hugonis-grotii-de-iure-belli-ac-pacis-libri-tres-in-quis-jus-naturae-et-gentium-item-juris-publici-praecepua-explicantur-847400/>

Díaz, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus, 1998 Recuperado el marzo de 2024, de (PENSAMIENTO): <https://www.amazon.es/Estado-Derecho-SociedadDemocr%C3%A1tica-PENSAMIENTO/dp/8430602879>

Grocio, H. , *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres... : in quibus jus naturae et*

gentium, item juris publici praecipua explicantur, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1650.

Kelsen, H. , *Teoría pura del derecho Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Trotta, Madrid, 2011. Recuperado el marzo de 2024, de Trotta:
<https://www.dykinson.com/libros/teoria-pura-del-derecho/9788498792355/>

Mac-Gregor., E. F., *La garantía jurisdiccional de la constitución. A cien años del Verfassungsgesichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional [Tomo 1]*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia, Madrid, 2023. Recuperado el MARZO de 2024 de :
<https://www.cepc.gob.es/publicaciones/monografias/la-garantia-jurisdiccional-de-la-constitucion-cien-anos-del-verfassungsgesichtshof-osterreicha>

Pagés, J. L., *Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español (Vol. Núm.2)*, Historia Constitucional, Madrid, 2001.

Pagés, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.

Panigua Linde , E., *La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995*, Dialnet, Universidad de la Rioja, Boletín Ministerio de Justicia, pp. 1413- 1428, 1998.

Panigua Linde, E., *La amnistía y el indulto en España*. Tucarc Ediciones S.A, Madrid, 1976.

Postema, G. J., *Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford, 2023. Recuperado el marzo de 2024, de Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law: <https://global.oup.com/academic/product/laws-rule-9780190645342?cc=es&lang=en&>

Riviera, A., *La amnistía de 1977 y los debates sobre el pasado (Vol. 18)*. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU): Clio & Crimen, 2023.

Ruiz Robledo, A., "¿Respalda el Tribunal Constitucional la amnistía?", Iustel, 2023.

Vidal-Folch, X. , «El Tribunal Constitucional respalda en 22 sentencias el encaje de una amnistía». *El País*, 2023.

Zagrebelsky, G., *Tempi difficili per la Costituzione Gli smarrimenti dei costituzionalisti.*, Trad. Javier García Roca, Editori Laterza, 2023.

4. RECURSOS DE INTERNET:

Manuel Aragón, "Una amnistía falaz", *El Mundo*. 18 de noviembre de 2023 *Opinión*. (Recuperado el marzo de 2024, de Una amnistía falaz:

<https://www.elmundo.es/opinion/columnistas/2023/11/18/65576d30fc6c839c4a8b457c.html>

Naciones Unidas, “Informe del Secretario General, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, *ONU: Consejo de Seguridad*. Refworld, (Recuperado el marzo de 2024 de: <https://www.refworld.org/es/ref/themreport/unsc/2004/es/42867>)

Parlamento Europeo, “Opinión de la Comisión de Asuntos Constitucionales para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2022 y 2023”. 1 de febrero de 2024. (Recuperado el marzo de 2024, de [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2023/2028\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2023/2028(INI)))

RAE. Diccionario esencial. 2006, (Recuperado el marzo de 2024, de constitución: <https://www.rae.es/desen/constituci%C3%B3n>)

