



LA RAZÓN HISTÓRICA
Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas
ISSN 1989-2659
Número 61, Año 2024, páginas 80-103
www.revistalarazonhistorica.com

LA AMNISTÍA A DEBATE: EL CASO ESPAÑOL

José Antonio Burgueño De Miguel

UCA (España)

RESUMEN. Este artículo se sumerge en el complejo escenario jurídico español para analizar en profundidad la figura de la amnistía, destacando su esencia y diferenciándola del indulto, al tiempo que explora el intrincado proceso para su concesión. El corazón del análisis se centra en la fase de sanción por parte del Rey, un elemento de gran relevancia en el proceso de amnistía. Se destaca la función del monarca, la cual va más allá de una mera formalidad. La sanción real no solo ratifica la aprobación legislativa, sino que también integra la amnistía en el marco jurídico nacional, confiriéndole validez y legalidad. La sanción de la amnistía, por lo tanto, se considera un ejercicio particular de estas prerrogativas, revelando la importancia de su papel en el sistema jurídico y político del país.

Palabras clave: amnistía, indulto, derecho de gracia, Rey, Constitución, sanción.

ABSTRACT. This article delves into the complicated Spanish legal landscape to thoroughly analyse the concept of amnesty, highlighting its nature and distinguishing it from a pardon, while examining the complex process of granting an amnesty. The focus of the analysis is on the stage of approval by the King, an extremely important element in the amnesty process. The role of the monarch is emphasised and goes beyond a mere formality. The royal approval not only confirms the approval of the legislator but also integrates the amnesty into the national legal framework, thus giving it validity and legality. Consequently, the approval of the amnesty is seen as a special exercise of these prerogatives, which underlines the importance of the monarch's role in the country's legal and political system.

Keywords: amnesty, pardon, right to grant pardon, King, Constitution, approval.

SUMARIO: HIPÓTESIS DE TRABAJO. **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** AMNISTÍA E INDULTO. **III.** REGULACIÓN Y PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA AMNISTÍA. TRÁMITE DE SANCIÓN POR EL REY. **IV.** FUNCIONES DEL REY SEGÚN LA CONSTITUCIÓN. **V.** LA AMNISTÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **VI.** LA AMNISTÍA COMO CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA. **VII.** DICTAMEN SOBRE LA PROPOSTA DE LEY DE AMNISTÍA. **VIII.** BIBLIOGRAFÍA.

HIPÓTESIS DE TRABAJO

La razón que motiva este trabajo se basa en la constatación de las recientes noticias que destacan la existencia y valor de la institución de la amnistía en el panorama político y jurídico español.

Esta figura, susceptible de ser empleada por los partidos en el ejercicio del poder ejecutivo, ha adquirido particular prominencia en debates contemporáneos, con especial énfasis en el proceso de investidura del actual presidente, Pedro Sánchez.

En el marco del debate sobre la autodeterminación e independencia de Cataluña desde aproximadamente el año 2010, emerge la relevancia de la Amnistía y el Indulto como instrumentos jurídicos de especial consideración. Tras la celebración del referéndum de 2017, declarado inconstitucional, varios líderes independentistas fueron sometidos a juicio y condenados por delitos como rebelión y malversación, configurando lo conocido como el *procés*¹. A pesar de las sentencias del Tribunal Supremo, el Ejecutivo, ejerciendo la prerrogativa del derecho de gracia, procedió a la concesión del indulto a dichos condenados.

El actual presidente del gobierno, Pedro Sánchez, tras los comicios celebrados en junio de 2023, se encontraba inmerso en la búsqueda de la investidura para la configuración de un gobierno progresista. No obstante, su capacidad para lograr la investidura se hallaba condicionada por la necesidad de obtener el respaldo de los independentistas catalanes liderados por Puigdemont. Este respaldo, a su vez, estaba sujeto a la aprobación de una ley de Amnistía y la convocatoria de un referéndum de autodeterminación, planteado como requisito *sine qua non* por dicho sector político.

El análisis subsiguiente se orienta a la exploración de interrogantes que permitan discernir las motivaciones subyacentes a este contexto. Esto implica una consideración detallada del estado de opinión de los actores constitucionalistas, así como una revisión minuciosa de las disposiciones contenidas en la Constitución Española de 1978, articulando una diferenciación precisa entre el instituto del Indulto y la Amnistía. La complejidad del proceso electoral español, la naturaleza de la investidura y su interacción con la figura monárquica del Rey, adquieren relevancia, especialmente en el escenario actual en el que la formación de gobierno se ve condicionada por la necesidad de negociación con partidos políticos que condicionan su apoyo a la materialización de la Amnistía como requisito *sine qua non*.

¹ En palabras de De CARRERAS SERRA (2019, p. 101):

“Acabada la etapa pujo lista a fines de 2003, el movimiento catalanista, con la decisiva complicidad de los partidos de izquierda (PSC e IC), pasa del autonomismo al independentismo, primero desprestigiando a España (2004- 2012) y después intentando constituirse en un Estado separado mediante la vulneración sistemática del derecho vigente y la rebelión institucional de la Generalitat (2012 hasta hoy). Así pues, lo que hoy entendemos por “procés” en sentido estricto (2012-2019) viene de lejos y solo es inteligible si lo contemplamos con esta perspectiva”.

INTRODUCCIÓN

La amnistía en España se erige como una figura legal con la finalidad de eximir a individuos de la responsabilidad penal asociada a ciertos delitos. Este acto jurídico, enmarcado en el contexto histórico y político, busca la restauración de la armonía social, la mitigación de tensiones políticas y la promoción de la reconciliación. A diferencia del indulto, que se centra en casos individuales, la amnistía se caracteriza por su alcance más amplio, abarcando categorías completas de infracciones.

La fórmula presente en el artículo 62.i de la Constitución de 1978 ha mantenido una notable continuidad, apenas experimentando cambios desde 1812. En la Constitución de Cádiz de 1812, el artículo 171 asignaba al Rey la "principal facultad" de indultar a los delincuentes conforme a las leyes. A diferencia de otras constituciones en las que esta facultad pasó desapercibida, los Diputados de Cádiz fueron conscientes de su significado y riesgo. Subrayaron la naturaleza constituida del monarca, destacando la importancia y la precaución inherentes a esta atribución de poder (VARELA, 1983).

El Estatuto Real de 1834 no hacía mención a la necesidad de que el Rey siguiera las leyes al ejercer la prerrogativa de indulto. La Constitución de 1837, en su artículo 47, replica la fórmula de la Constitución de Cádiz, con la única variación de que el indulto se presenta como prerrogativa en lugar de facultad. Aunque la aprobación de este artículo se dio sin debate, la inclusión en la Constitución sugiere que, a pesar del escaso interés en el tema, se optó por una perspectiva similar a la de la Constitución de Cádiz en lugar de la marcada por el Estatuto Real.

El artículo 47.3 de la Constitución de 1837 se replica exactamente en el apartado 3 del artículo 45 de la Constitución de 1845. En 1856, se intentó avanzar en la regulación constitucional del perdón, especificando en el artículo 52.10 de la Constitución propuesta para ese año que al Rey le correspondía la prerrogativa de "indultar a los delincuentes de acuerdo con las leyes". Se prohibieron los indultos generales, y se estableció la necesidad de una "petición de uno de los Cuerpos colegisladores" para indultar a un "Ministro al que se le haya exigido responsabilidad por las Cortes". Sin embargo, este intento constituyente fracasó en pocas semanas, y se restauró el texto de 1845, con algunos ajustes, especialmente en lo que respecta a la prerrogativa de gracia. El artículo 9 del Acta Adicional a la Constitución de 1845, fechada el 15 de septiembre de 1856, establecía que, "además de los casos enumerados en el artículo 46 de la Constitución, el Rey requerirá actuar autorizado por una ley especial: Para conceder indultos generales y amnistías".

Las restricciones a la amnistía y al indulto general se establecieron constitucionalmente durante la Revolución Gloriosa, que también marcó el inicio de la exclusión de los ministros como posibles beneficiarios del indulto, evidenciando la influencia del constitucionalismo estadounidense. En la Constitución de 1869, el artículo 73 otorgaba al Rey la facultad de indultar a los delincuentes, excepto a los ministros, mientras que el artículo 74 requería una autorización legislativa especial para conceder amnistías e indultos generales. La promulgación de una ley específica para

regular el indulto particular surgió posteriormente, generando un complejo debate parlamentario en el que se discutieron simultáneamente otros proyectos legislativos.

En 1870, durante la tramitación de la Ley Provisional que establecía normas para el indulto, las Cortes Españolas prestaron atención a un problema que había sido ignorado durante sesenta años. Sin embargo, esta atención se dio en medio de una confusión considerable, ya que el proyecto gubernamental se presentó junto con otros que abordaban diversas cuestiones, siendo una de ellas, específicamente la referente al matrimonio civil, la que destacó y eclipsó prácticamente el interés sobre las demás.²

En la exposición de motivos del proyecto de ley se destaca la imposibilidad de debatir la naturaleza legislativa de la amnistía y el indulto general. Se enfatiza que estas "gracias generales" esencialmente equivalen a una derogación temporal de la ley penal, reconociendo su relevancia e impacto.

La Ley del Indulto de 1870 fue aprobada estando vigente la Constitución de 1869, y propició el marco legal para la promulgación de dicha ley reproduciendo la fórmula utilizada en constituciones anteriores. En su artículo 54, apartado tercero, simplemente establece que al Rey le corresponde indultar a los delincuentes conforme a las leyes. Este artículo no fue objeto de debate, y la regulación del indulto se mantuvo conforme a lo establecido en 1870, con la única modificación de un nuevo límite agregado por la Ley de 26 de junio de 1890, que reformó la legislación electoral para Diputados a Cortes.

Durante la Segunda República en España, se reavivó el debate sobre la amnistía, iniciado en 1869, y se introdujo una fórmula inédita en la Constitución de 1931. Según el artículo 102 de esta constitución, solo el Parlamento tenía la facultad de otorgar amnistías, quedando prohibidos los indultos generales. La naturaleza legislativa de la amnistía, considerada como la "derogación virtual de la ley misma", fue explícitamente destacada.

Se resaltó que esta institución estaba reservada principalmente para asuntos políticos de interés general, marcando una distinción sustancial con los indultos generales, que fueron expresamente prohibidos. Este enfoque legislativo buscaba subrayar la importancia de la amnistía en cuestiones de relevancia política y diferenciarla de los indultos generales, tema que generó debates en las Cortes, conectando con discusiones similares en 1812 y 1869.

La Guerra Civil Española y la subsiguiente dictadura franquista conllevaron a la supresión de las libertades democráticas y a la persecución de opositores políticos.

² Los proyectos versaban sobre el indulto, el matrimonio civil, la casación civil y penal, la supresión de la pena de argolla, los efectos civiles de la pena de interdicción, la reincorporación al Estado de los oficios de la fe pública enajenados de la Corona y la provisión de notarías por oposición.

El franquismo, sin debate alguno, impuso la vigencia de la Ley de 1870 con ligeras modificaciones mediante un decreto en 1938. El decreto refleja la intención de ajustar cuentas con la República, criticando su intento de debilitar la "potestad de clemencia". El régimen franquista rechazó abiertamente las disposiciones de la Constitución de 1931, proclamando la asunción de "poderes absolutos del Estado" por parte del Jefe del Estado, en busca de un ordenamiento totalitario y unificado.

Tras el fallecimiento de Francisco Franco en 1975, la amnistía adquirió una relevancia fundamental durante la Transición a la democracia. La Ley de Amnistía de 1977, emanada de las Cortes Generales, eximió de responsabilidad penal a individuos por delitos políticos, facilitando así la liberación de prisioneros y el retorno de exiliados.

En la Transición Democrática (1975-1982), la mencionada Ley de Amnistía se erigió como piedra angular para superar las secuelas de la Guerra Civil y la dictadura. Este instrumento legislativo, producto de un proceso democrático, posibilitó la reconciliación nacional y sentó las bases para el establecimiento del sistema democrático.

En el siglo XXI, la figura de la amnistía ha sido objeto de debate en relación con eventos históricos como la Guerra Civil y la dictadura franquista. También se ha suscitado la discusión sobre la posible revisión del alcance de la Ley de Amnistía de 1977, con posturas que defienden su carácter irrevocable en aras de la estabilidad democrática.

Los recientes indultos otorgados por el Gobierno a los condenados en el "Juicio del Procés" han revitalizado el interés en esta ancestral institución, representante del amplio espectro del "derecho de gracia", junto con su contraparte, la amnistía. Ambas figuras son consideradas "aporéticas",³ es decir, carecen de un sistema coherente, tanto en sus diversas vertientes constitucionales, penales y penitenciarias, como en su núcleo esencial. No obstante, ambas cumplen funciones claramente diferenciadas, emulando mecanismos clásicos de olvido y perdón que sustentan la vida en sociedad.

Desde una perspectiva constitucional, estas instituciones son aporéticas en el esquema de división de poderes, ya que su ejercicio implica una incursión del Poder Ejecutivo (en el caso del indulto) y del Legislativo (en el caso de la amnistía) en el monopolio del Poder Judicial. Este último tiene la función constitucional exclusiva de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" (artículo 117.3 de la Constitución Española), lo cual genera cuestionamientos sobre la vigencia actual de estas instituciones y su posible anacronismo.

En el caso del indulto, se produce una invasión al anular total o parcialmente la pena impuesta por la jurisdicción. En cambio, la amnistía borra con efecto retroactivo la

³ Terminología acuñada por RODRÍGUEZ RAMOS y SIMÓN CASTELLANO (2022), en "La aporética constitucionalidad del indulto". Aporético, en griego «sin camino» o «camino sin salida», equivalente a «antinomía» o «paradoja», pero para los autores es una dificultad lógica insuperable, que en el ámbito filosófico se opone a lo sistemático.

naturaleza delictiva de una conducta específica ya enjuiciada, aunque sin derogar la ley que tipificó el hecho amnistiado.

Es importante señalar que la derogación de la ley penal puede tener efectos automáticos retroactivos en la extinción de la responsabilidad penal, lo cual, al igual que en el caso del indulto, puede afectar a derechos fundamentales como el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad ante la ley.

Este análisis pretende explorar las distintas perspectivas que rodean a la amnistía, examinando su naturaleza, implicaciones y su papel en la actualidad.

AMNISTÍA E INDULTO

En el marco jurídico español, tanto la amnistía como el indulto son figuras relevantes que comparten el propósito de clemencia y remisión de penas. Ambas son expresiones del ejercicio soberano del Estado en la administración de la justicia penal, aunque difieren sustancialmente en sus alcances y procedimientos.

Resulta imperativo precisar y definir el concepto de amnistía, abordando inicialmente las distinciones entre dos instituciones relacionadas, el Indulto y la Amnistía, ambas consideradas expresiones del derecho de gracia. A pesar de los numerosos trabajos doctrinales que han explorado el surgimiento, evolución histórica y definición proporcionada por la Real Academia Española, es esencial ampliar las ideas considerando otras perspectivas en torno al indulto.

En este contexto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009) establece que el indulto es un acto oficial que exime a un delincuente o delincuentes condenados de la aplicación total o parcial de la pena, sin anular la condena en sí misma. Según el Diccionario Jurídico Elemental el indulto es la remisión o perdón, total o parcial, de las penas judicialmente impuestas, siendo una facultad generalmente concedida al poder ejecutivo o legislativo.

Desde esta definición, se desprende que el indulto no afecta la existencia del delito, sino que simplemente modifica el cumplimiento de la pena, a diferencia de la amnistía, que puede aplicarse a delitos juzgados y no juzgados. Además, el indulto solo puede concederse sobre condenas ya pronunciadas. Según el Diccionario Enciclopédico Larousse el indulto es la gracia otorgada a los condenados por sentencia firme e irrevocable, eximiéndolos de la pena o conmutándola por otra menos grave, considerándose también como un privilegio concedido.

Siguiendo la misma línea, NOVOA (1990) define el indulto como un perdón proveniente del Estado que exime al beneficiario del cumplimiento de la pena impuesta, sin borrar el delito ni sus efectos penales o extrapenales, evidenciando que el indulto constituye una causal de extinción de la responsabilidad penal. Cuando se menciona que el indulto es una institución, se alude a su conceptualización en la modernidad, donde se percibe como una gracia del soberano. En este sentido, ECHEVERRY

(2016) señala que siempre se ha concebido como una prerrogativa del soberano útil para liberar a aquellos que han cometido delitos, en una época en la que el poder total se concentraba en sus manos, confundiendo la facultad de gobernar con la de juzgar.

MORALES VARGAS (2020, p. 55) sostiene que el indulto, en sus orígenes, era una facultad del pueblo en los comicios, conocida como *provocatio ad populum*, especialmente en el Imperio Romano. A lo largo de la Edad Media, esta figura fue objeto de abusos por parte de quienes detentaban el poder político. En la época moderna, el indulto se considera una prerrogativa del soberano, otorgándose al Rey en el Derecho Español. Para otros autores, CURY (2005, p. 423), el indulto es un instrumento de política criminal mediante el cual el jefe de Estado o el legislador conceden una excusa absolutoria a aquellos declarados criminalmente responsables.

En relación con la amnistía, se destaca su etimología griega, que significa la privación del recuerdo u olvido. Según la Real Academia Española y el Diccionario Enciclopédico, la amnistía es el perdón de ciertos delitos, especialmente políticos.

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009), la amnistía puede ser entendida como la posibilidad de evitar el enjuiciamiento penal y, en algunos casos, las acciones civiles contra individuos o categorías de personas en relación con conductas criminales específicas cometidas antes de la aprobación de la amnistía. Además, puede implicar la anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica previamente establecida.

Desde la perspectiva de ECHEVERRY (2016), la amnistía es la extinción de la responsabilidad penal mediante una ley, que no solo cancela la pena, sino también todos sus efectos. MORALES VARGAS (1994) la describe como el perdón otorgado por el Estado a quienes hayan cometido ciertos delitos, suspendiendo la aplicación del precepto penal que castigaba esa conducta. Evans de la Cuadra (1970) la define como la gracia concedida por la autoridad a los responsables de un delito, consistente en olvidar su comisión y eximirlos de pena.

Desde una perspectiva política, FONTECILLA RIQUELME (1992) la concibe como un acto de alta política mediante el cual los gobiernos, después de disturbios en la sociedad, invalidan la acción de las leyes, cubriendo con el velo del olvido ciertos delitos que atentan contra el orden y las instituciones fundamentales del Estado.

Por último, RODRÍGUEZ RAMOS y SIMÓN CASTELLANO (2022) la considera como una medida jurídica interna por la cual un Estado elimina la naturaleza delictiva de ciertos actos, eximiendo a sus autores y participantes de procedimientos y penas, incluso si ya han sido establecidas o están en fase de ejecución.

En cuanto a las diferencias, RUIZ MITJANA (2018) destaca que la amnistía perdona tanto el delito como la pena, mientras que el indulto perdona solo la pena, sin eximir al condenado de la responsabilidad civil derivada del delito. Además, la amnistía extingue la responsabilidad civil, mientras que el indulto no lo hace.

En referencia a la clasificación de los delitos, se establece de manera inequívoca que, a pesar de que tanto la amnistía como el indulto encuentran aplicación en diversas categorías delictivas, es común que las amnistías se dirijan a delitos de índole política, mientras que los indultos abarcan cualquier clase delictiva. En cuanto a sus efectos, la amnistía conlleva la extinción de los antecedentes penales del condenado, a diferencia del indulto, que no necesariamente produce este resultado.

En relación con la condición de sentencia firme, se precisa que, legalmente, la amnistía no requiere la existencia de una sentencia firme, es decir, no es un requisito esencial. Por el contrario, en el ámbito del indulto, se hace imperativa la existencia de una sentencia firme como condición necesaria para su otorgamiento.

Respecto al acto administrativo o ley, para la concesión de un indulto, se demanda un acto administrativo que consiste en la manifestación o declaración de una entidad gubernamental que impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de una persona. En cambio, la amnistía requiere una ley específica vinculada a los delitos en cuestión y a su período de anulación. En el caso de la amnistía, se necesita la aprobación de la mayoría de los Diputados del Congreso para su otorgamiento.

Finalmente, en lo referente a la culpabilidad del condenado, se destaca que, mientras que en el indulto la persona continúa siendo considerada culpable, la amnistía implica la cesación de dicha consideración.

REGULACIÓN Y PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA AMNISTÍA. TRÁMITE DE SANCIÓN POR EL REY

Es necesario señalar que la amnistía carece de una regulación completa y detallada en el ordenamiento jurídico español. Ni la Constitución de 1978 ni el artículo 130 del Código Penal la contemplan como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, al contrario del indulto, mencionado en el apartado 4 del mismo artículo. Tampoco se encuentra regulada en ninguna otra norma, legal o reglamentaria.

No obstante, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, redactada en un contexto social y político diferente, hizo uso de la amnistía limitándola a "actos de intencionalidad política" anteriores al 15 de diciembre de 1976, incluyendo delitos como rebelión y sedición.

En contraste, la existencia de la amnistía puede inferirse implícitamente en el ordenamiento jurídico español. La Carta Magna hace referencia al "derecho de gracia" en los artículos 62.i, 87.3 y 102.3. Aunque no menciona específicamente la amnistía, se sugiere su inclusión dentro del "derecho de gracia". La Ley de 1870, reguladora del indulto, también insinúa la existencia de alguna otra forma de "gracia". Las Constituciones de 1869 y 1931, en sus respectivos artículos, establecían que el Rey necesitaba autorización para conceder amnistías e indultos generales, y que las amnistías solo podían ser acordadas por el Parlamento.

El instituto del indulto no solo representa una singularidad en nuestro sistema legal, que abarca la constitución, el derecho penal sustantivo, el proceso legal y la penitenciaría, sino que también persiste como un elemento arraigado en nuestra antiquísima tradición legal, a menudo considerado una reliquia de sociedades primitivas. Sin embargo, su carácter controvertido no es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, ya que es un instrumento ampliamente reconocido y adoptado en sistemas legales extranjeros. Aunque existen notables variaciones, este polémico instituto se mantiene como una cláusula de cierre en sistemas penales, desempeñando el papel de un parche multifuncional o un instrumento integral de la política penitenciaria gubernamental.

La figura del indulto y la amnistía varía en su aplicación y relevancia en distintos países de Europa y América, reflejando diferencias culturales, históricas y jurídicas. Sin embargo, la aplicación del indulto ha generado controversia, especialmente en casos relacionados con la política. En Francia, la amnistía es parte del sistema legal y se ha utilizado en diversos contextos históricos. El indulto presidencial también existe, aunque su aplicación es menos frecuente que en otros países.

En el Reino Unido, aunque el indulto real existe, su uso ha disminuido significativamente y se limita a situaciones excepcionales. La amnistía es poco común y se aplica en casos particulares, como los perdones a los soldados que desertaron durante la Primera Guerra Mundial.

La Revolución de los Claveles en Portugal en 1974 dio lugar a medidas de amnistía que pusieron fin a la persecución política y militar bajo el régimen anterior, contribuyendo a la consolidación de la democracia y la reconciliación nacional.

En Italia, tras la Segunda Guerra Mundial, se implementó una amnistía en 1946 para abordar la colaboración con el régimen fascista, buscando la reconciliación después de un periodo de agitación política y conflictos armados.

Grecia, en 1983, aplicó una amnistía para delitos políticos cometidos durante la dictadura militar (1967-1974), con el objetivo de sanar las divisiones políticas y sociales en el país.

En Irlanda del Norte, los Acuerdos de Belfast de 1998 incluyeron disposiciones de amnistía para ciertos delitos relacionados con el conflicto en la región, como parte del proceso de paz. Sin embargo, la aplicación y extensión de estas disposiciones han sido objeto de debates continuos en la búsqueda de reconciliación.

En Estados Unidos, el indulto presidencial es una característica destacada del sistema legal y ha sido utilizado en diversos contextos. México ha utilizado la amnistía y el indulto en diversas etapas de su historia, aunque su aplicación ha sido objeto de debate y crítica. En Brasil, el indulto presidencial es una facultad del presidente y ha sido utilizado en diferentes momentos históricos. La amnistía también ha desempeñado un papel importante, como la Ley de Amnistía de 1979, que abordó cuestiones relacionadas con el período de la dictadura militar.

En España, el procedimiento para el otorgamiento de la amnistía se rige principalmente por la Constitución Española de 1978 y la Ley de Amnistía de 1977.

Este hito legislativo, promulgado el 15 de octubre de 1977, se erige como un paso significativo en el proceso de superación de la larga dictadura franquista hacia un sistema democrático.

Con el objetivo fundamental de establecer un marco legal para la liberación de presos políticos, la Ley de Amnistía abarcó a individuos que habían cometido delitos de carácter político o social antes de su promulgación. Esta medida buscaba no solo la liberación de prisioneros, sino también la eliminación de las responsabilidades penales y las consecuencias jurídicas asociadas con acciones políticas consideradas delictivas bajo el régimen anterior.

Un aspecto distintivo de esta legislación fue su efecto retroactivo, abarcando delitos cometidos antes de la fecha de promulgación. Esta retroactividad permitió la exención de persecución y castigo para aquellos que habían participado en actividades políticas que anteriormente hubieran sido consideradas delictivas.

Sin embargo, la amplitud de la amnistía también ha sido objeto de críticas. Aunque contribuyó sustancialmente a la reconciliación y a la pacificación social, generó debates sobre la justicia transicional. Se argumenta que esta amnistía tan extensa dejó impunes casos de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura franquista, planteando cuestionamientos sobre la responsabilidad histórica.

A pesar de estas controversias, la Ley de Amnistía desempeñó un papel fundamental en la transición a la democracia en España. Facilitó la liberación de prisioneros políticos y propició la integración de diversas fuerzas políticas en el nuevo escenario democrático, marcando así un hito en la construcción de un marco político más inclusivo y democrático en el país.

Habiendo constatado la disposición constitucional de la "amnistía", es necesario abordar cómo debería llevarse a cabo para ajustarse estrictamente a la legalidad.

Desde una perspectiva puramente formal, resulta evidente que la "amnistía" debería ser promulgada mediante una Ley ordinaria. Esto contrasta con las materias que la propia Constitución reserva a la Ley Orgánica, según su artículo 81, así como a Decreto-leyes y Decretos Legislativos, como se establece en los preceptos 86 y 85, respectivamente. La elaboración de una Ley ordinaria sigue un procedimiento establecido en los artículos 88 a 91 de la Constitución y en el Reglamento del Congreso.

En relación con la iniciativa para proponer una ley de amnistía, puede surgir de diversos actores, como partidos políticos, el Gobierno, o incluso ciudadanos y organizaciones, aunque la propuesta formal suele ser presentada por el Gobierno.

Una vez que la propuesta llega al Congreso de los Diputados, se inicia un debate exhaustivo sobre los términos y condiciones de la amnistía, incluyendo los delitos y las

personas afectadas. La votación final determina la aprobación o rechazo de la propuesta, siendo necesario obtener una mayoría simple en el Congreso, es decir, la mitad más uno de los votos emitidos.

Este proceso no solo requiere un proyecto de ley acompañado de una exposición de motivos y antecedentes necesarios para su evaluación, sino que también implica la obligación de someterlo a la deliberación del Senado en un plazo de dos meses a partir de la recepción del texto.

Una vez la propuesta se envía al Senado para su consideración, puede experimentar modificaciones. La aprobación en el Senado también requiere una mayoría simple, y si se han introducido cambios, la ley vuelve al Congreso para su revisión.

Una vez que ambas cámaras han aprobado la propuesta de amnistía, se envía al Rey para su sanción, conforme al artículo 91 de la Constitución Española. El Rey debe sancionar y promulgar la ley. En cualquier caso, incluso en el escenario más favorable, el Rey deberá sancionar las leyes aprobadas por las Cortes Generales en un plazo de quince días, seguido de su promulgación y orden para su inmediata publicación.

Tras la sanción real, la ley se publica en el Boletín Oficial del Estado, marcando su entrada en vigor y determinando la aplicación retroactiva de la amnistía a los casos y personas contempladas en la ley.

En términos de plazos, la duración del proceso legislativo puede variar, dependiendo de la complejidad de la propuesta y de las negociaciones entre las cámaras legislativas. Es fundamental destacar que el procedimiento puede ajustarse a las circunstancias específicas de la propuesta de amnistía, garantizando así un proceso legislativo robusto y adaptado a las necesidades del momento.

Un aspecto crucial en el proceso de amnistía es el trámite de la sanción por el Rey. Tras la aprobación por las Cortes Generales, la ley pasa a la Corona para su sanción formal. Aunque esta acción del Rey es en gran medida ceremonial, subraya la importancia simbólica del monarca en el sistema legislativo. La sanción real confiere validez y legalidad a la amnistía.

Dentro del marco del sistema político y constitucional español, el Rey juega un papel crucial en la promulgación de las leyes, según lo estipulado por la Constitución Española de 1978. Su intervención, aunque limitada, sigue un proceso formal que implica su firma y promulgación de las leyes aprobadas por las Cortes Generales, que comprenden el Congreso de los Diputados y el Senado.

Es imperativo destacar que la función del Rey en este proceso es de carácter obligatorio, de acuerdo con el artículo 91 de la Constitución. Una vez que una ley ha sido aprobada por las Cortes, el Rey no tiene la facultad de negarse a firmarla. Sin embargo, es esencial entender que este papel es más simbólico y ceremonial que ejecutivo, y se espera que el Rey mantenga una posición de neutralidad política, alejándose de asuntos partidistas.

Tras la sanción del Rey, la ley es contrafirmada por el Presidente del Gobierno, un acto administrativo que confirma la ejecución de la voluntad real y su integración en el ordenamiento jurídico. En la práctica, la sanción del Rey se considera una formalidad; una vez que las Cortes Generales han aprobado una ley, la sanción real es prácticamente automática, permitiendo que la ley entre en vigor.

A diferencia de sistemas monárquicos históricos que otorgaban al monarca poder de veto, en el caso del Rey de España, este no tiene la facultad de oponerse a la firma de leyes aprobadas por las Cortes Generales. Su función es más bien simbólica, reflejando la evolución hacia una monarquía parlamentaria donde el Rey desempeña un papel institucional esencialmente ceremonial y constitucional.

FUNCIONES DEL REY SEGÚN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Española de 1978, en su artículo 62, establece las funciones del Rey. Dentro de estas funciones, el monarca sanciona y promulga las leyes. No obstante, es crucial comprender que esta acción es de carácter formal y simbólico; el Rey no participa activamente en la elaboración de las leyes, respetando el principio de separación de poderes.

Las funciones del Rey de España están claramente definidas por la Constitución Española de 1978 y otras leyes complementarias. En este marco, el Rey desempeña un papel fundamental que abarca diversas áreas dentro del sistema político y constitucional.

En la Democracia de los Modernos, según la perspicaz visión de BENJAMÍN CONSTANT (1767-1830), se destaca la dimensión irrenunciable de la sociedad pluralista en la concepción política. La diversidad humana es intrínseca a la sociedad democrática moderna, siendo la diferencia un rasgo estructural y no circunstancial. El pluralismo se vuelve tan esencial como el propio proceso electoral. La política democrática implica buscar acuerdos sin renunciar a la preservación de la diferencia, que es inherente a la estructura plural de la sociedad.

El conflicto es inevitable en la política democrática, pero, como señala HERMANN HELLER, siempre se resuelve en el acuerdo, que no elimina la diferencia, sino que la salva temporal y puntualmente. Aquí es donde entra en juego el papel del rey en la democracia. Su función, desde una estricta neutralidad política, es prevenir que el conflicto se desborde y que las instituciones colapsen, asegurando la continuidad del sistema.

El rey, como magistratura, tiene la responsabilidad de garantizar que el acuerdo no sea una simulación vacía, sino un compromiso real y genuino. Esto es esencial para preservar la estabilidad de la magistratura monárquica, ya que la falsedad comprometería su continuidad. Condorcet argumenta que engañar al pueblo destruye la credibilidad y conduce a la decadencia institucional a largo plazo.

La justificación del papel del rey en una democracia pluralista radica en su capacidad para actuar con sinceridad, asegurando que sus acciones sean coherentes con sus responsabilidades y que la sociedad reconozca su credibilidad. Este desafío es particularmente complejo porque, a menudo, las instituciones tienden a despersonalizar los comportamientos, haciéndolos abstractos y objetivos, mientras que las personas son inherentemente subjetivas e incorporan su dimensión humana en la esfera pública.

La singularidad de la función atribuida al Rey por la Constitución radica en su dimensión humana, vinculándose al antiguo debate sobre si son los individuos o las instituciones las responsables de garantizar el correcto funcionamiento de la vida política. Este dilema esencial se centra en la prevalencia entre la naturaleza humana y las construcciones artificiales de la cultura política en forma de instituciones.

El Rey, como un poder neutral, desempeña un papel clave en la "política constitucional" de al menos dos maneras. En primer lugar, promueve el consenso y la obtención de resultados más objetivos al facilitar la consecución de acuerdos. En segundo lugar, en su actuación, sigue los procedimientos establecidos por la Constitución y las leyes, trasladando de manera escrupulosa a los partidos todas las cuestiones de carácter político (refrendado por el artículo 56.3 y 64.1). Su responsabilidad es garantizar que se logre un resultado más consensuado, reflejando de manera más objetiva y fundamentada la resolución política basada en la voluntad colectiva.

En esencia, todos los poderes tienen la obligación de respetar y hacer respetar la Constitución. Esto implica no solo actuar de acuerdo con sus principios, sino también impedir que otros actúen en contravención a la Constitución e incluso denunciar tales acciones. Surge la pregunta de si las instituciones constitucionales pueden ser indiferentes ante un incumplimiento democrático que ignore la Constitución. ¿Deben los órganos constitucionales apartar la mirada ante un desconocimiento constitucional? ¿Es deber irrenunciable de dichas instancias respetar el contenido material de las normas o basta con cumplir las formalidades?

En este contexto, se cuestiona el papel del Rey. ¿Debería el Rey mantener una mera apariencia cuando se incumple materialmente la Constitución? ¿Es cómplice la indiferencia cuando se trata del funcionamiento normal de la democracia? Se plantea si el Rey es la única magistratura constitucional exenta de un deber de supervisión que se aplica a otros poderes. Si la respuesta es afirmativa, se sugiere que la neutralidad política del monarca podría convertirse en una neutralización que le permitiría permanecer ajeno a situaciones críticas, incluso aquellas que podrían amenazar no solo a la monarquía, sino a la Constitución y a la misma democracia.

Este análisis adentra en un terreno sutil y resbaladizo relacionado con la diligencia, el deber inexcusable, las presunciones tácitas o negativas y la culpa *in vigilando*. Se destaca la importancia del patriotismo y la lealtad constitucional, entendidos como la prohibición de fingir, encubrir, tolerar o no observar, ya que estas acciones podrían considerarse infracciones. En última instancia, se subraya que lo crucial es el

contenido democrático de las acciones, su lealtad e integridad hacia la Constitución y no simplemente su envoltura constitucional.

El Rey, como órgano constitucional de dirección estatal, es un componente esencial definido directamente por la Constitución. Aunque ostenta la formalidad de jefe del Estado, comparte relaciones de in-ordinación paritarias con otros órganos superiores, estableciendo una posición equitativa y de no subordinación mutua, regida por los principios de interdependencia y control.

La especificidad del Rey se resume en cuatro características distintivas. En primer lugar, es una magistratura encarnada física y humanamente, trascendiendo la persona de su titular. Segundo, representa la unidad del Estado y actúa como su órgano supremo, personificando al Estado mismo. Tercero, su identidad se define por la condición vitalicia de su titular, asegurando su independencia y permitiéndole influir en los tiempos de otros órganos. Cuarto, la neutralidad guía su papel en una sociedad plural, actuando como una instancia suprapartidista para articular el consenso constitucional y salvaguardar la autenticidad de la política, evitando que la Constitución se convierta en un mero simulacro.

LA AMNISTÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La controversia entre juristas respecto a la amnistía otorgada a los condenados e investigados por la proclamación ilegal de la independencia de Cataluña en 2017 parece evolucionar hacia una nueva etapa. Después de la publicación de varios artículos a favor y en contra de la constitucionalidad de la amnistía a principios de agosto, los defensores de la misma ahora presentan 22 sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con la Ley de Amnistía de 1977, argumentando que respaldan su posición.

Resulta llamativo que se desvíe del análisis directo de la Constitución de 1978 para examinar las pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre una ley de 1977.

En términos sencillos, la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Amnistía de 1977 a una posible ley de amnistía de 2024 no debería ser tan inequívoca y automática como se pretende actualmente. Incluso un fiscal del Tribunal Supremo, Álvaro Redondo Hermida, expresó recientemente que la doctrina constante del Tribunal Constitucional sostiene que una nueva Ley de Amnistía posterior a la actualmente vigente de 1977 sería contraria a la Constitución.

Según los defensores de la posibilidad de la amnistía, la disposición derogatoria de la Constitución implicaría que si la amnistía en abstracto fuera inconstitucional, el Tribunal Constitucional debería haber declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía de 1977. Sin embargo, este argumento por sí solo no resulta convincente, ya que el Tribunal Constitucional ha matizado los efectos de dicha disposición

derogatoria, estableciendo que la incompatibilidad con la Constitución solo se declarará cuando sea indudable y no pueda interpretarse la norma conforme a la Constitución. Esto plantea la cuestión de si una ley de amnistía preconstitucional, diseñada para mitigar los efectos de una dictadura y promover la reconciliación entre los ciudadanos, puede interpretarse según la Constitución.

La primera sentencia referida como respaldo del Tribunal Constitucional para una eventual ley de amnistía es la Sentencia 63/1983, de 20 de julio. Esta sentencia aborda un recurso de amparo presentado por la Asociación de Aviadores de la República. El recurso buscaba la aplicación de la amnistía en igual medida a aquellos que se unieron al Ejército republicano después del 18 de julio de 1936, equiparando sus derechos a los de los funcionarios civiles. La disputa no versa sobre la derogación de la amnistía de 1977 por la Constitución, sino sobre la compatibilidad de la distinción entre civiles y militares establecida por la ley de amnistía con la Constitución, cuestión que el intérprete supremo concluye como compatible.

No obstante, algunos sostienen que de esta sentencia se pueden extraer tres afirmaciones relevantes: que la amnistía es un instituto basado en la clemencia y un ejercicio del derecho de gracia; que, según ciertos expertos, implica la extinción de la pena, el delito e incluso la norma anterior; y que la legislación sobre amnistía debe conciliarse con el principio de igualdad. Sin embargo, no se evidencia que estas afirmaciones, vinculadas a la legislación preconstitucional sobre amnistía, respalden necesariamente la constitucionalidad de una ley posterior.

Al examinar la Sentencia 63/1983, se encuentra una afirmación que podría llevar a una conclusión opuesta: "La amnistía responde así, en el caso de las disposiciones que hemos citado, a una razón de justicia, como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un Derecho anterior". La pregunta que surge es: ¿cuál sería la razón de justicia para amnistiar a quienes participaron en la proclamación ilegal de la independencia de Cataluña en contra del orden democrático español establecido por la Constitución? Además, ¿qué Derecho anterior no se admite actualmente? Estas interrogantes, desde una perspectiva de filosofía jurídica, plantean dudas sobre la pertinencia de una amnistía en este contexto. Cabe destacar que, antes del 23 de junio, ni el PSOE ni Sumar incluyeron la amnistía en sus programas electorales, lo cual resalta la ausencia de justificación para la misma en ese periodo.

La sentencia 76/1986, de 9 de junio, emitida por el Tribunal Constitucional, respalda la viabilidad de una ley de amnistía en 2024. Este fallo surge en el contexto de un recurso de inconstitucionalidad contra las leyes del País Vasco 11/1983 y 8/1985, relacionadas con derechos profesionales y pasivos del personal que sirvió a la Administración Autónoma del País Vasco.

Aunque se podría inferir que esta sentencia respalda una ley de amnistía posterior a 1978, dado que consideró constitucionales las leyes vascas, es relevante señalar que dichas leyes no contemplan amnistías. Más bien, buscan atribuir derechos económicos, pasivos y profesionales a aquellos que prestaron servicios a la Administración vasca entre el 7 de octubre de 1936 y el 6 de enero de 1978.

La sentencia, al mencionar la amnistía, enfatiza su aplicación para poner fin a las injusticias del franquismo. No obstante, se argumenta que una frase específica dentro de la sentencia, que sugiere que solo el legislador constitucional mediante una ley de amnistía puede otorgar vigencia a normas antiguas, no constituye una prueba concluyente de respaldo a una amnistía para los implicados en el *procés*. Esta interpretación requeriría un voluntarismo excesivo y se considera una hipótesis u *obiter dictum* que no afecta al razonamiento principal de la sentencia.

La sentencia 147/1986, emitida el 25 de noviembre, respalda la constitucionalidad de la amnistía. En dicha sentencia, se abordan 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". Esta ley, aparentemente posconstitucional, es considerada útil para el debate, a pesar de que los hechos regulados en ella preceden a la instauración del Estado de Derecho en España.

El Tribunal Constitucional argumenta que la Ley 1/1984 no tiene autonomía, sino que aclara aspectos del régimen jurídico de la Ley de 1977, donde se materializa la facultad de gracia. Se concluye que la Ley 1/1984 no representa en sí misma el ejercicio del derecho de gracia y que el problema radica en determinar si el legislador violó otras disposiciones constitucionales.

Cabe destacar que la sentencia declaró la inconstitucionalidad de la Ley 1/1984 por vulnerar la seguridad jurídica. Aunque no era una ley de amnistía estricta, no regulaba hechos posteriores a la Constitución y fue declarada inconstitucional, lo que plantea dudas sobre su respaldo a la constitucionalidad de una ley de amnistía de 2024 para los condenados y procesados del *procés*.

En cuanto a la interpretación de la sentencia 147/1986, algunos argumentan que niega la posibilidad de razonar en términos de equiparar al jefe del Estado en la decisión del indulto individual con la amnistía. La sentencia establece que es erróneo considerar que la diferencia entre el indulto y la amnistía es meramente cuantitativa, ya que se encuentran en una relación de diferenciación cualitativa. Sin embargo, el diálogo persiste con quienes interpretan la sentencia de manera diferente, centrándose en la relación institucional sobre quién debe tomar la decisión de amnistiar.

En aras de la imparcialidad, señalo que no existe una jurisprudencia clara que prohíba de manera absoluta una ley de amnistía según la Constitución. La ausencia de tal jurisprudencia se debe a la falta de presentación de una ley de amnistía posconstitucional ante el Tribunal Constitucional. Históricamente, todos los partidos consideraron que estaba prohibida, como evidencia el hecho de que al aprobar un nuevo Código Penal en 1995, excluyeron la amnistía de las causas de extinción de la responsabilidad penal, sin recibir enmiendas para su inclusión. Por lo tanto, argumentar que la Constitución permite la amnistía debido a su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta ridículo, dado que dicho artículo data de 1882 y

nunca ha pasado el test de constitucionalidad desde la aprobación de la Constitución.

Aunque el Tribunal Constitucional no emite una afirmación expresa y taxativa sobre la prohibición de las amnistías en la España del siglo XXI, sus sentencias contienen afirmaciones que respaldan la postura de que la Constitución las prohíbe. Se destaca la afirmación que describe la amnistía como una operación jurídica excepcional basada en un ideal de justicia, destinada a eliminar las consecuencias de una normativa rechazada por ser contraria a los principios de un nuevo orden político durante el proceso de consolidación de dichos valores. (STC 147/1987).

LA AMNISTÍA COMO CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA

La Jurisdicción europea ha emitido fallos relevantes sobre el tema de la amnistía. La sentencia del 16 de diciembre de 2021 (C-203/20 AB y otros), referente a Eslovaquia, aborda la obligación de los Estados que conceden una amnistía de que los tribunales se pronuncien sobre la responsabilidad penal de los acusados. Incluso en casos de revocación posterior de la amnistía, si los jueces no emiten dicho pronunciamiento, es posible la emisión de una orden de detención europea.

El archivo de procedimientos penales debido a una amnistía y su posterior revocación no obstaculizan la emisión de la orden de detención, dado que las autoridades judiciales nacionales aún no han determinado la responsabilidad penal de los acusados.

En este contexto, la Unión Europea (UE) puede intervenir a través del artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que regula la cooperación judicial en materia de Derecho Penal. Según el artículo 82.1 B, la UE tiene la facultad de facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros en procedimientos penales y la ejecución de resoluciones.

Se destacan las Decisiones Marco sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, equiparables a Directivas. Esto, sin menoscabo de la autonomía que los Estados conservan según lo dispuesto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales.

Por otra parte, si la ley de amnistía llegara a ser aprobada, los jueces encargados de instruir casos relacionados con el *procés catalán* se verían obligados a tomar decisiones concernientes a la continuación o archivo de las causas, así como a las órdenes de búsqueda vigentes o, en su caso, a las medidas de prisión preventiva, aunque no se tenga constancia de su existencia.

Previo a la adopción de dichas decisiones, el juez instructor puede optar por plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la conformidad de la ley con la Constitución o el Derecho europeo, respectivamente. En este caso, se considera que la segunda opción sería más adecuada.

En primer lugar, debido a que la ley probablemente será impugnada mediante recursos de inconstitucionalidad, proporcionando al Tribunal Constitucional la oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto.

En segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional, aunque sin justificación suficiente a mi entender, ha rechazado la posibilidad de plantear simultáneamente una cuestión de inconstitucionalidad y una cuestión prejudicial europea. Por lo tanto, es necesario elegir una de las dos opciones. En caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desestime la cuestión prejudicial, el juez español aún podría plantear la cuestión de inconstitucionalidad posteriormente.

En tercer lugar, se argumenta que es improbable que el Tribunal Constitucional aborde uno de los aspectos más cuestionables de la futura ley, a pesar de su evidente desviación de poder, que busca presentar como motivo la pacificación social mientras se promulga con el fin de asegurar el voto de siete diputados. Aunque se reconoce lo evidente y escandaloso del caso, se considera poco probable que el Tribunal Constitucional entre en este debate sobre la desviación de poder del legislador. No obstante, se señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin temor reverencial por el legislador español, podría considerar esta desviación de poder si se presenta de manera fundamentada.

Para plantear una cuestión prejudicial europea, no es suficiente la mera inconformidad con una ley española, ni siquiera cuando dicha ley contravenga principios fundamentales establecidos en normas europeas de máximo rango. Se requiere una conexión europea que active la posibilidad de recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), una regla necesaria para evitar que la Unión Europea imponga a los Estados principios, valores o políticas más allá de lo estrictamente considerado de interés europeo.

La propuesta de ley de amnistía perdona, entre otros, delitos de malversación de fondos públicos. En este ámbito, existen obligaciones mínimas derivadas de la Directiva (UE) 2017/1371 (Directiva PIF). Se plantea la pregunta de si la amnistía de delitos de esta índole vulnera dicha Directiva. Sin embargo, para abordar esta cuestión, es esencial tener en cuenta que la Directiva, si bien establece requisitos mínimos respecto al delito de malversación, lo hace no de manera abstracta o general, sino siempre en el contexto de la protección de los "intereses financieros de la Unión", definidos en el artículo 1 como aquellos vinculados al presupuesto de la Unión. Por lo tanto, la imposición de mínimos en estos delitos se debe a la posible afectación de los fondos europeos entregados al Estado.

En la misma línea, el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión establece el principio de "condicionalidad". Este principio sostiene que, para proteger el Presupuesto de la Unión Europea, la entrega de fondos debe estar condicionada al respeto de estándares mínimos por parte del Estado receptor en materia de Estado de Derecho, sin los cuales los fondos podrían estar en riesgo. Es importante destacar nuevamente que

la exigencia de estándares de Estado de Derecho no se persigue simplemente "porque sí", ni para proteger los fondos de los Estados, sino para salvaguardar los fondos de la Unión Europea.

En este punto, es relevante considerar que el artículo 2.e de la proposición de ley excluye de la amnistía los delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea. A primera vista, podría interpretarse que esto resuelve la cuestión a nivel europeo: si durante la instrucción de la causa se evidencia la malversación de fondos europeos, el caso no estaría amparado por la amnistía, y, por ende, los fondos no estarían en riesgo. En caso contrario, si no hay evidencia de malversación, los fondos tampoco estarían en peligro, dado que no estarían involucrados. De esta manera, la ley parecería ser impecable, siendo una disposición coyuntural y retrospectiva, lo cual permitiría discriminar entre los efectos en fondos de la Unión Europea y fondos nacionales, en contraste con leyes estructurales que relajen las sanciones por malversación, poniendo en riesgo todos los fondos, incluyendo los europeos, para el futuro.

No obstante, esta conclusión sería incorrecta. Las finalidades del Derecho penal incluyen la prevención especial y la prevención general del delito. En el supuesto hipotético de que los delitos relacionados con el *procés* no hubieran afectado específicamente a fondos europeos, la amnistía podría considerarse aceptable desde una perspectiva europea en cuanto a la prevención especial. Sin embargo, seguiría siendo inadmisibles desde el punto de vista de la prevención general, ya que se enviaría el mensaje de que los delitos de malversación pueden ser perdonados por razones de interés político coyuntural, poniendo en riesgo en el futuro todos los fondos públicos, incluyendo los europeos.

Así, una norma aparentemente circunstancial y orientada retrospectivamente manifiesta innegables efectos estructurales y prospectivos, correspondientes a las finalidades de prevención, tanto especial como general, inherentes a toda legislación penal según la doctrina clásica.

Una vez establecida la conexión europea en la protección de los fondos europeos, se abre la posibilidad para que el juez someta a cuestionamiento la legalidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por diversas razones.

En primer lugar, se está vulnerando la Directiva PIF, cuyo artículo 4.3 dispone que "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la malversación, cuando se cometa intencionadamente, constituya una infracción penal". La amnistía de la malversación implica la eliminación de su consideración como infracción penal, incluso si es temporal y específica, lo cual contraviene la mencionada Directiva.

Por otro lado, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que la Unión se fundamenta en el valor del Estado de Derecho y la justicia, los cuales se ven comprometidos por una norma que impide a los tribunales enjuiciar estos delitos, norma adoptada por los partidos a los que pertenecen los políticos afectados.

Además, el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la UE garantiza la igualdad ante la ley, la cual se ve seriamente comprometida por una medida de privilegio. En este punto, el juez debería demostrar al TJUE cómo las argumentaciones de la exposición de motivos de la ley, que podrían hipotéticamente justificar un trato desigual, son en realidad un cínico engaño. Será necesario exponer las declaraciones realizadas por miembros del Gobierno en distintos ámbitos, especialmente aquellas expresadas antes de necesitar el apoyo del partido independentista, evidenciando un cambio brusco de criterio una vez que dicho respaldo fue necesario para acceder al poder. En caso de aprobación, esta ley sería considerada una legislación especial adoptada por motivos espurios, singular y desviada, contraviniendo el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos para evitar la arbitrariedad, como proclamaron los revolucionarios franceses en 1789: "La Ley es la expresión de la voluntad general. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar."

El artículo 2.c de la propuesta excluye la aplicación de la futura ley a los actos calificados como delitos de terrorismo sancionados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, siempre y cuando exista una sentencia firme y dichos actos hayan consistido en la comisión de alguna de las conductas especificadas en el artículo 3 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017.

En sentido contrario, estos delitos estarán incluidos si aún no ha recaído sentencia o esta no es firme.

Este asunto relacionado con el terrorismo presenta un vínculo directo con la normativa europea, derivado de la Directiva mencionada en la disposición, la cual exige que dichos delitos se tipifiquen como tales sin más requisitos de conexión específica con la Unión Europea. Como se mencionó previamente, la amnistía de un delito implica la eliminación de su consideración como infracción penal, incluso si es para un ámbito específico.

Además, se evidencia una violación al principio de igualdad, ya que carece de sentido, salvo el objetivo de favorecer a una persona en particular, no amnistiar un delito cuando existe una sentencia firme y sí hacerlo en otro caso, dado que el delito es el mismo, y hay un interés europeo igual tanto en la ejecución de las sentencias firmes como en la condena de quien haya cometido el delito.

El artículo 4 de la propuesta legislativa establece que el órgano judicial competente deberá disponer la inmediata liberación de las personas beneficiadas por la amnistía que se encuentren detenidas. Además, se dispone la revocación de órdenes de búsqueda, captura y prisión, así como las órdenes de detención nacionales, europeas e internacionales aplicables a las personas beneficiadas por la amnistía. La entrada en vigor de la ley resultará en la suspensión inmediata de las medidas cautelares adoptadas con respecto a las acciones u omisiones amnistiadas, incluso en caso de interposición de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad contra la ley o sus disposiciones.

Estas disposiciones contravienen de manera evidente la cláusula del Estado de Derecho contemplada en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, específicamente en lo referente a la separación de poderes e independencia judicial. Esto se debe a que representan una instrucción específica del poder legislativo (no en forma de ley, con su naturaleza de norma general) sobre la manera en que los tribunales deben gestionar un procedimiento que afecta a determinadas personas.

La Exposición de Motivos enfrenta dificultades para encontrar respaldo en declaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Ante esta limitación, opta por una mera recopilación de sentencias en las que se menciona la palabra "amnistía", sin considerar su relevancia. Las sentencias citadas del 29 de abril de 2021, asunto C-665/20 PPU, y del 17 de junio de 2021, asunto C-203/20, resultan poco útiles, ya que no abordan la legalidad de una amnistía, sino aspectos accesorios relacionados con la ejecución de una orden de detención europea y la revocación de una amnistía por una ley posterior, en el contexto de ejecutar la orden de detención.

En relación con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la sentencia Margus contra Croacia solo establece que en el Derecho Internacional se tiende a considerar inadmisibles las amnistías en casos de graves delitos contra las personas, como el asesinato de civiles y la lesión de niños. Sin embargo, esta información no es relevante para el asunto en cuestión. Además, la sentencia del TEDH no se pronuncia claramente sobre la admisibilidad de la amnistía, presentándola como una hipótesis de trabajo.

En cuanto al efecto del planteamiento de la cuestión prejudicial sobre la aplicación de la ley, se destaca que daría lugar a la suspensión del curso de la causa judicial. Se hace referencia a la proposición de ley, que detalla los efectos sobre las medidas cautelares o de búsqueda en caso de suspensión. Sin embargo, se distingue entre el efecto sobre la causa judicial y el efecto sobre la propia ley. Aunque el planteamiento de la cuestión no suspende la aplicación de la ley en principio, se señala que el TJUE ha suspendido cautelarmente una ley nacional por primera vez en materia de protección del Estado de Derecho, invocando el artículo 160.3 del Reglamento de Procedimiento y aplicando los requisitos clásicos del "*fumus boni iuris, periculum in mora*" y ponderación de intereses.

En conclusión, se sugiere que el juez de instrucción español, en caso de aplicar la ley de amnistía, tiene fundamentos para plantear tanto una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional como una cuestión prejudicial europea ante el TJUE. Se aconseja la segunda opción, resaltando la importancia de encontrar un punto de conexión europeo y argumentando que la amnistía de delitos vinculados a malversación de fondos públicos, incluidos los europeos, afecta la prevención general. Se destaca la posibilidad de solicitar la tramitación urgente y sugerir la adopción de medidas cautelares por parte del TJUE sobre la vigencia y aplicación de la ley.

DICTAMEN SOBRE LA PROPUESTA DE LEY DE AMNISTIA

El informe de los letrados de las Cortes, de 10 de enero de 2024 específicamente adscritos a la Comisión de Justicia del Congreso, suscita inquietudes significativas sobre la viabilidad constitucional de la proposición de ley de amnistía propuesta por el PSOE. Según este análisis, se sugiere que la misma debería ser tratada más adecuadamente como una "reforma constitucional" en lugar de una ley ordinaria, planteando interrogantes sobre su ajuste a la legalidad en el plazo establecido.

El documento destaca, con especial énfasis, las preocupaciones legales en torno a la inclusión de causas relacionadas con el terrorismo, particularmente en lo que respecta a líderes independentistas. Los letrados advierten que la exclusión del terrorismo solo con "sentencia firme" podría contravenir disposiciones del Derecho europeo, agregando una capa adicional de complejidad y controversia al debate.

En el análisis detallado, se critica la indeterminación de los delitos incluidos en la amnistía y el amplio período de aplicación que abarca desde el 1 de enero de 2012 hasta el 13 de noviembre de 2023. Esta falta de claridad, según los letrados, podría lesionar el principio de seguridad jurídica y afectar la aplicación coherente de la ley, generando el riesgo de interpretaciones arbitrarias y una potencial infracción del principio de igualdad.

El informe también aborda cuestiones relacionadas con delitos de corrupción, señalando que la extinción de responsabilidad propuesta para el delito de malversación podría entrar en conflicto con las normas de la Unión Europea.

Además, se examinan disposiciones específicas que afectan a órdenes de detención y medidas cautelares, con la sugerencia de posibles conflictos con el Derecho de la Unión Europea y procedimientos constitucionales. En este sentido, se plantean interrogantes sobre si una ley especial puede intervenir en los procesos constitucionales y en la autonomía de procedimientos de la Unión Europea, especialmente cuando se trata de delitos como terrorismo y malversación.

En resumen, el informe de los letrados ofrece un análisis crítico y detallado de la proposición de ley de amnistía, subrayando las complejidades legales y constitucionales que rodean la propuesta y resaltando áreas de preocupación que podrían requerir una revisión más exhaustiva y cuidadosa.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTANT, B. (1767-1830). *La libertad de los antiguos frente a la de los modernos*. Alianza editorial, S.A.

CURY URZÚA, E. (2005). *Derecho Penal General*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

De CARRERAS SERRA, F. (2019). El “procés” que viene de lejos. Notas sobre su génesis y desarrollo. Recuperado el 23 de noviembre 2023, en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2019-10010100120

EVANS DE LA CUADRA, E. (1970). *Relación de la constitución política de la República de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

FONTECILLA RIQUELME, M. (1992). *Tratado de Derecho Procesal Penal, III*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

GARCÍA RIVAS, N., LLABRÉS FUSTER, A., MIRA BENAVENT, J., PORTILLA CONTRERAS, G., Y REBOLLO VARGAS, R. (2023). *Dictamen sobre una propuesta de ley de Amnistía*.

HELLER, H. (1889-1933). Teoría del Estado, Edición y Estudio Preliminar «La teoría político-jurídica de Hermann Heller», en J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2004, XLIX, 328.

LLANOS ECHEVERRY, J. D. (2016). Interpretación jurídica y discurso racional. *Saber, Ciencia Y Libertad En Germinación*, 9, 55-58. Recuperado el 25 de noviembre 2023, en <https://doi.org/10.18041/2382-3755/germinacion.2016V9.8866>

MORALES VARGAS, P. (2020). Educación ciudadana para la convivencia democrática y la interculturalidad en educación inicial. *Revista Estudios en Educación*, 3, 69-96. Recuperado el 25 de noviembre 2023, en <http://ojs.umc.cl/index.php/estudioseneducacion/articulo/view/84/64>

NOVOA MONREAL, E. (1990). *Curso de derecho penal Chileno, tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. y Simón Castellano, P. (2022). La aporética constitucionalidad del indulto. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 427-455.

RUIZ MITJANA, L. (2020). Las siete diferencias entre amnistía e indulto en el sistema judicial. Recuperado el 27 de noviembre 2023, en <https://psicologiymente.com/cultura/diferencias-amnistia-indulto>

VARELA SUANCES-CARPEGNA, J. (1983). *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*. Madrid: Las Cortes de Cádiz.

NORMATIVAS:

Estatuto Real de 1834

Constitución 1812

Constitución 1834

Constitución 1837

Constitución 1869

Constitución 1978

Código Penal 1995

Ley de Enjuiciamiento Criminal