

DICTAMEN SOBRE UNA PROPUESTA DE LEY DE AMNISTÍA

10 de octubre de 2023

Autores (por orden alfabético)

García Rivas, Nicolás Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

Llabrés Fuster, Antoni Titular de Derecho penal. Universitat de les Illes Balears.

Mira Benavent, Javier Titular de Derecho penal. Universitat de València.

Portilla Contreras, Guillermo Catedrático de Derecho penal. Universidad de Jaen.

Rebollo Vargas, Rafael Catedrático de Derecho penal. Universitat Autònoma de Barcelona.

NOTA PREVIA

El presente Dictamen se circunscribe al análisis de la fundamentación constitucional y penal de una propuesta de Ley de amnistía, así como la determinación de los delitos que comprende, no así a otras consecuencias procesales, laborales o civiles de la misma, que deberán ser objeto de un estudio especializado, en su caso.

Se han tenido en cuenta iniciativas anteriores, entre otras:

- La “Proposición de Ley Orgánica de amnistía y de resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español”, presentada por Esquerra Republicana de Catalunya en el Congreso de los Diputados el 16 de marzo de 2021.
- la “Proposta de llei orgànica d’amnistia i de resolució del conflicte polític entre Catalunya i l’Estat espanyol” promovida -entre otros- por Òmnium, ERC, JuntsxCat, i CUP, a partir de la propuesta inicial de “Amnistia i Llibertat”.

INDICE

Página

Parte 1ª Respaldo constitucional para la promulgación de una Ley de amnistía 1

1. La amnistía en el ordenamiento jurídico vigente..... 5
2. Vigencia de la amnistía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo..... 7
3. Vigencia de la amnistía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... 9
4. Un precedente reciente: el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo,
por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas
dirigidas a la reducción del déficit público. STC 73/2017, de 8 de junio 11
5. El precepto constitucional que posibilitaría una Ley de amnistía 12
6. Sobre los límites materiales de una Ley de amnistía: delitos
a los que no resulta aplicable..... 13
7. Requisitos constitucionales de una Ley de amnistía 15

Parte 2ª Razones para la aprobación de una amnistía en el actual contexto político ...18

- 1.El Parlamento define la política-criminal del Estado según reiterada doctrina de
nuestro Tribunal Constitucional 18
2. Un proceso reivindicativo de la autodeterminación de Cataluña.
La aplicación del art. 155 CE..... 20
3. La respuesta penal del el Estado: la STS 459/2019 y los múltiples procesos abiertos
relacionados con el *Proces*. Fracaso de la política criminal punitivista23
4. La amnistía como segunda fase de la política criminal despenalizadora.....26
5. Garantía de la igualdad ante la ley e interdicción de la arbitrariedad.....30

Parte 3ª Ambito de aplicación de la amnistía 32

1. Acotación temporal y contexto político de los delitos sujetos a la amnistía..... 32
2. Infracciones penales y administrativas sujetas a la amnistía.....33

Parte 1ª RESPALDO CONSTITUCIONAL PARA LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY DE AMNISTÍA.

El debate sobre la constitucionalidad (y oportunidad) de una Ley de amnistía se ha abierto recientemente. Con ello aparecen opiniones encontradas entre los que unos se pronuncian de modo favorable a esa posibilidad, mientras que otros se muestran firmes detractores de ésta.

En todo caso, se trata de una institución que no es ajena a las Constituciones de algunos de los países de nuestro entorno, que la recogen explícitamente en sus textos y especifican que deberán ser otorgada mediante Ley¹ (entre otras, art. 79 Constitución italiana²; art. 161.f de la Constitución portuguesa³; art. 34 de la Constitución francesa⁴; o, art. 173.k de la Constitución suiza⁵).

En nuestro país, la amnistía no está prevista actualmente en la Constitución ni en el Código penal. Sin embargo, la Carta Magna de 1869 la regulaba, aunque con limitaciones. Así, en su artículo 74.5 se imponía la previa autorización de una Ley especial para que el Rey pudiera conceder amnistías e indultos generales. Igualmente, la Constitución de 1931 la normalizaba en su art. 102:

“Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del fiscal de la Junta de Prisiones o a petición de parte”.

La amnistía se concebía como una derogación virtual de la ley misma que, en palabras de uno de los constituyentes del momento, quedaba reservada “*para los asuntos políticos de interés general*”, lo cual marcaba una diferencia sustancial con los indultos generales, expresamente proscritos. Asimismo, y siguiendo la adecuación constitucional, el Código penal de 1870 la regulaba en su art. 132.3º, como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal: “*Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos*”; fórmula que

¹ <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/04/Constituciones-del-Mundo-Europa-Tomo-II.pdf>

² . Art 79. La amnistía y el indulto serán otorgados por ley aprobada por una mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara, en cada uno de sus artículos y en la votación final.

³ . Artículo 161. Competencias políticas y legislativas. Compete a la Asamblea de la República: f. Conceder amnistías y perdones genéricos;

⁴ . ARTÍCULO 34. Las leyes serán votadas por el Parlamento. La ley fijará las normas sobre: - Tipificación de los delitos, así como penas aplicables, procedimiento penal, amnistía, creación de nuevas clases de jurisdicción y estatuto de los magistrados y fiscales.

⁵ . Art. 173. Otros deberes y competencias, 1. La Asamblea Federal tiene los siguientes deberes y competencias adicionales: k. emitir indultos y decidir sobre amnistías.

se repite en el art. 115.1º del Código penal de 1932 y que se reitera en el art. 112.3º del Código penal de 1973⁶.

Sin embargo, la Constitución española de 1978 no establece pronunciamiento expreso sobre la amnistía, aunque tampoco prohíbe su concesión. ¿Significa este silencio constitucional que no pueden concederse amnistías en España? En absoluto. Más allá de que de los silencios no se derivan prohibiciones, disponemos de un supuesto similar en la Ley Fundamental de Bonn, donde tampoco hace mención expresa a la amnistía; sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal admite que, a pesar del mutismo constitucional, existe la posibilidad de aprobar leyes de amnistía, siempre y cuando estas cumplan determinados requisitos (más adelante nos referiremos a ellos).

Como acabamos de referir, la amnistía no se recoge en nuestro texto constitucional a pesar de que en el art. 62 i) dispone que el Rey “... *no podrá autorizar indultos generales*”, fórmula que, con mínimas variaciones, se ha repetido desde la Constitución de 1812. Pues bien, esa prohibición constitucional referida a los indultos generales, a partir de una interpretación analógica, lleva a concluir a un sector de la doctrina su inviabilidad ya que – afirman – si se introdujeron limitaciones específicas para los indultos generales y no sobre la amnistía es porque era innecesario, a lo que se añade: es imposible que lo que es menos beneficioso (el indulto general) se haya declarado expresamente inconstitucional y que lo más beneficioso (la amnistía) no se haya declarado inconstitucional, ya que era superfluo introducir esta prohibición porque se daba por entendido⁷. Sin embargo, parece lógico, en términos políticos y jurídicos, que todo lo que no está prohibido expresamente se puede utilizar si no entra en contradicción con los principios y preceptos constitucionales.

En todo caso, el argumento anterior relativo al rechazo de la amnistía por su falta de previsión constitucional no parece demasiado sólido ya que, con independencia de la distinta naturaleza formal y material de ambas instituciones, el legislador constituyente pudo haber prohibido expresamente las amnistías y no lo hizo⁸; es más, no se olvide que la amnistía tiene un carácter esencialmente político, mientras que el indulto es un acto administrativo que se tramita por el

⁶ REQUEJO PAGÉS, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, en *Historia constitucional*, (revista electrónica), núm. 2, 2001, <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/121>

⁷ COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN. T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Valencia, 1996, pág. 863.

⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Barcelona, 1996, págs. 772 y ss. nm 16. Asimismo, vid., GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, pág. 278, donde afirma: “Nada dice nuestra Constitución acerca de la amnistía. Según la opinión más extendida, dicho silencio ha de ser interpretado en el sentido de que un posible ejercicio del derecho de gracia a través de la amnistía no está prohibido, y que su regulación será la que en cada caso resulte de ley que la conceda”

Ministerio de Justicia y se aprueba por el Consejo de Ministros. En este sentido parece oportuno traer a colación que ya en el debate parlamentario de la Constitución de 1931 se puso de manifiesto la inconveniencia del indulto general, entendido como perdón en masa, indiscriminado y huérfano de una motivación política que no atendiera al interés general y más aún cuando éste pudiera ser acordado por el Gobierno.

En este mismo orden de consideraciones cabe insistir en que el indulto se promueve por razones de equidad o de justicia, mientras que la amnistía se articula alrededor de motivaciones estrictamente políticas. Es más, los órganos competentes y el instrumento para vehicularlos son distintos: el Gobierno en el caso del indulto, mientras que la amnistía se acuerda en el Congreso de los Diputados mediante Ley Orgánica; los destinatarios de ambos son radicalmente distintos ya que el indulto tiene carácter individual, mientras que los efectos de la amnistía son generales y forman parte de una decisión legislativa, no gubernativa. A lo que cabe apostillar que las consecuencias jurídicas son diversas: el indulto elimina con carácter retroactivo la responsabilidad penal mientras que la amnistía supone su extinción.

Otro argumento recurrente en contra de la constitucionalidad de la amnistía es el que considera que atenta contra la división de poderes ya que impide juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, tal y como se previene en el art. 117.3 CE; sin embargo, parece olvidarse que esos mismos efectos los produce el indulto, sin que a nadie se le haya ocurrido considerar que éste es por ello inconstitucional o que contraviene lo dispuesto en el citado precepto.

Por otro lado, en cuanto a su desaparición del vigente art. 130 del Código penal, a pesar de que sí se preveía en el art. 112.3 del Código penal de 1973, un sector importante de la doctrina consideró en su momento que el Código penal no podía condicionar el contenido y alcance de la Ley en la que necesariamente debe formalizarse toda amnistía⁹. Al tratarse de una vía extraordinaria, debía regularse en la propia Ley que la concediera, de manera que era normal que no se previera la amnistía como algo “natural”, lo que no impide que pudiera ser concedida para algún grupo de personas o de delitos, siendo el Parlamento quien debería elaborar y aprobar la oportuna Ley que la regulara. En otras palabras, el hecho de que el art. 130 del Código penal vigente la haya omitido expresamente como causa de extinción de la responsabilidad criminal, no implica un límite a las posibilidades de que el legislativo acuerde una amnistía, ya que no existe restricción

⁹. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit, págs. 854-855.

constitucional para ello¹⁰. Un reputado filósofo del Derecho como Liborio L. Hierro ha sido muy claro: “Estos supuestos extraordinarios admiten otras soluciones, extraordinarias también [que] están en el ámbito de la competencia del legislador a través de leyes (...) que establezcan la *amnistía* para determinados delitos”¹¹.

La amnistía es, pues, una institución que ya forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, como veremos seguidamente, sin que se haya cuestionado su constitucionalidad.

1. La amnistía en el vigente ordenamiento jurídico.

La amnistía es una institución jurídica presente en el ordenamiento español desde el S. XIX, que ha mantenido su actualidad en la presente etapa constitucional, que en ningún momento ha sido materialmente cuestionada y que dispone, asimismo, de previsiones normativas vigentes.

En primer lugar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo origen está en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, mantiene todavía hoy, en el párrafo 4º de su artículo 666, la amnistía como uno de los artículos de previo pronunciamiento, esto es, como cuestión procesal que ha de examinarse de forma preliminar, con anterioridad a la iniciación del juicio, para resolverla antes de conocer el fondo. Previsión sobre la que en ningún momento se ha formulado objeción alguna.

En segundo lugar, el Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia, en su art. 16, donde se disponen las causas de extinción de la responsabilidad disciplinaria, prevé que: *“La responsabilidad disciplinaria se extingue por el cumplimiento de la sanción, el fallecimiento del funcionario, la prescripción de la falta o de la sanción, el indulto y la amnistía”*. Causa de extinción de la responsabilidad disciplinaria que no ha sido cuestionada. Permítasenos añadir que, a diferencia de la previsión anterior, sobre la que algún autor ha manifestado que continúa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la “desidia” del legislador, se puede afirmar que con la positivización expresa de la amnistía en el Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, no cabe argüir que se haya incorporado al texto por inadvertencia.

¹⁰ . Entre otros, vid., QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General (acorde con el nuevo Código penal de 1995*, Barcelona, 1996, pág. 584. RUIZ MIGUEL, “Gracia y justicia. Más allá del indulto”, en MOLINA/CARRACEDO (eds.), *El indulto, pasado, presente y futuro*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de f., 2018, pág. 101: “el art. 62.i de la Constitución atribuye al Rey la facultad de “ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”. No obstante, aunque es cuestión doctrinalmente debatida, esta prohibición no parece excluir que el parlamento pueda acordar amnistías a través de una ley: véase sobre ello Aguado Renedo, *Problemas constitucionales...* cit., pp. 74 y ss. (para una amplia referencia a la división doctrinal, cfr. p. 78, nota 97); y García Mahamut, *El indulto...* cit., pp. 85 y ss.”

¹¹ HIERRO, “Sobre el indulto. Razones y sinrazones”, en MOLINA/CARRACEDO, *op. cit.*, p. 55

Asimismo, la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, en su Preámbulo hace referencia a la Ley 46/1977, de 15 de octubre de Amnistía, para, más tarde, en el apartado tercero de su art. 2, relativo a los Principios Generales, afirmar: *“Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables”*.

Aparte de las anteriores, expuestas a modo de ejemplo, no son pocas las normas que, en nuestro ordenamiento, de manera expresa, dan carta de naturaleza a la amnistía. En suma, a pesar de que la amnistía no dispone de un reconocimiento constitucional expreso, está fuera de cualquier duda el hecho de que es una institución que no sólo se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, sino que el art. 87 CE no la establece como límite a la potestad legislativa de las Cámaras.

2. Vigencia de la amnistía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como es sabido, durante la transición, y con carácter previo a la entrada en vigor de la actual Constitución, se aprobaron en España dos leyes relativas a la amnistía: la Ley 46/1977, de 15 de octubre, y el Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio. Asimismo, la Constitución de 1978 incorporó una disposición derogatoria que responde a una lógica jurídica coherente. Así, todo proceso constituyente surge para llevar a cabo una ruptura del *continuum* temporal, un punto cero en el tiempo social que permita abrir una nueva etapa. Con este objetivo, los textos constitucionales suelen incluir la denominada cláusula derogatoria mediante la que se manifiesta la preeminencia del texto constitucional sobre las leyes previas que entran en contradicción con ella, quedando estas últimas automáticamente derogadas. Parece difícil defender la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la nueva Constitución si esta no pudiera imponerse sobre las normas preconstitucionales que la contradicen. Sin embargo, en ningún caso, esta disposición derogatoria ha afectado a la vigencia de las dos leyes preconstitucionales citadas, que mantuvieron su plena vigencia.

En ese mismo orden de consideraciones, la disposición derogatoria de la CE realiza una derogación expresa de diversas normas -en sus párrafos 1 y 2-, no mencionando entre ellas la Ley 46/1977 ni el Real Decreto-Ley 10/1976. En el mismo sentido, tampoco podemos considerar que queden incluidas dentro de la formulación general del párrafo 3 *“Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”*.

A este respecto, en relación con la vigencia de la Ley de Amnistía resulta esencial referir la STS (Sala 2ª), núm. 101/2012, de 27 de febrero, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero la Sala se pronuncia acerca de dos cuestiones esenciales: la vigencia actual de la Ley 46/1977, de 15 de octubre y, por otro lado, su constitucionalidad.

Así, con respecto a la primera cuestión, el Tribunal afirma:

“En otro orden de cosas, ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de Amnistía”.

En efecto, el propio Congreso de los Diputados ha validado en diversas ocasiones la vigencia de esta Ley mediante actos de naturaleza legislativa. Cabe citar aquí el rechazo por mayoría absoluta de una proposición de ley del Grupo Parlamentario Mixto para modificar la Ley de Amnistía, el 19 de julio de 2011 (320 votos en contra, 8 a favor y 8 abstenciones). O el rechazo, el 20 de diciembre de 2016, en la Comisión de Justicia del Congreso, de una Proposición no de Ley que instaba a la modificación de la Ley de Amnistía para establecer que no se aplicaría a casos de torturas o desapariciones forzadas, ni a los crímenes de genocidio o de lesa humanidad (26 votos en contra, 10 a favor y una abstención).

Asimismo, en cuanto a su vigencia, en relación con el apartado Tercero de la Disposición Derogatoria, el TS, en la resolución acabada de citar, considera que:

“La idea fundamental de la "transición", tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía...Precisamente, porque la "transición" fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento” (Vid, en el mismo sentido, ATS 28 de marzo de 2012, Razonamiento Jurídico Segundo).

3. Vigencia de la amnistía en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Una consulta a los repertorios de jurisprudencia acredita que TC español se ha pronunciado en dieciocho ocasiones de manera directa o indirecta sobre la Ley 46/1977 y el Real Decreto-Ley 10/1976, dictando distintas resoluciones sobre los efectos de la institución y en ninguna se ha mostrado crítico con la misma, esto es, no ha realizado ningún reproche sobre su legitimidad. Por razones obvias no vamos a detenernos en todas ellas, aunque sí quisiéramos destacar dos: las SSTC 63/1983, de 20 de julio .. A nuestro parecer, es especialmente importante, para lo que aquí nos interesa, la STC 63/1983, de 20 de julio y 147/1986, de 25 de noviembre.

En la primera reconoce que la amnistía se conforma como una potestad inherente al poder legislativo, que encuentra en ella un procedimiento excepcional capaz de reajustar el ordenamiento a las nuevas exigencias de la realidad. En el FJ2 se afirma:

“Tenemos por cierto que resultaría insuficiente, y acaso equivocado, el examinar el Real Decreto-ley 10/1976, y las otras disposiciones citadas, desde una perspectiva limitada a los análisis que ven en la amnistía un instituto fundado en la clementia principis y un ejercicio del derecho de gracia (...) pues, sin dejar de tener éste alcance en algunos de sus contenidos, destaca en el caso actual la razón derogatoria retroactiva de unas normas, y de los efectos anudados a las mismas (...). 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 amnistía que estudiamos, alumbrada por la idea de una negación de las consecuencias subsistentes de un derecho anterior cuya corrección se hizo indispensable, es algo que se asienta firmemente en el valor de la igualdad y en la sujeción de todos los poderes públicos -también del legislativo- a este valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1 de la C.E.)”.

El hecho de que el TC parta de una configuración de la amnistía no como una manifestación del derecho de gracia, sino como ejercicio de la potestad legislativa en materia penal, supone que la constitucionalidad de la amnistía se convierta en evidente.

En la otra resolución -STC 147/1986, de 25 de noviembre-, el Pleno resuelve distintas cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por diversas magistraturas de trabajo en relación 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. Sentencia donde no sólo no se cuestiona la constitucionalidad de la institución, sino que se realizan afirmaciones del siguiente tenor:

“Esta caracterización de la naturaleza de la Ley de 1984 no tiene un interés meramente teórico, sino que resulta trascendente para responder a alguna de las cuestiones planteadas, especialmente su presunta contradicción con lo dispuesto en el art. 62.i) C. E., que atribuye al Jefe del Estado el ejercicio del derecho de gracia en los términos legalmente fijados. Razonan algunos de los Magistrados proponentes que esto es así, pues si el Jefe del Estado necesariamente ha de ser quien acuerde «lo menos» -el indulto-, con mayor razón ha de suceder esto si se trata de acordar «lo más» -la amnistía-. Prescindiendo del hecho de que es erróneo razonar sobre el indulto y la amnistía como figuras cuya diferencia es meramente cuantitativa, pues se hallan entre sí en una relación de diferenciación cualitativa”. (Fundamento Jurídico 2).

Llegados a este punto quisiéramos llamar la atención sobre una consideración que no puede pasar desapercibida. Se trata del Fundamento Jurídico acabado de reproducir y es que, a nuestro parecer, al establecer entre el indulto y la amnistía una diferenciación de índole cualitativa (no cuantitativa, como sostenían los recurrentes en las cuestiones de constitucionalidad), el Tribunal rechaza el argumento defendido por un sector de la doctrina, en relación a que si la Constitución había prohibido expresamente la concesión de indultos generales era superfluo introducir en la Carta Magna la prohibición de la amnistía porque se daba por entendido.

Con lo expuesto hasta aquí parece clara la afirmación de que una nueva Ley de amnistía es compatible y encaja plenamente en el ordenamiento constitucional español.

4. Un precedente reciente: el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. STC 73/2017, de 8 de junio.

Con ese eufemismo utilizado para denominar el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, el Gobierno del momento pretendió, a través de la Disposición Adicional Primera, introducir lo que denominó una “Declaración tributaria especial” que, en realidad, era una amnistía fiscal para regularizar la situación tributaria de ciertos defraudadores, lo cual no fue ninguna novedad en nuestro país ya que se otorgaron cuatro en el periodo comprendido entre 1936 a 1976.

En todo caso, el mecanismo utilizado (Decreto-Ley) permitía a los contribuyentes (del IRPF, del Impuesto de Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de los no residentes), regularizar su situación tributaria declarando bienes que no habían afluado antes, ingresando solo el 10% de su precio de adquisición, sin sanciones, intereses, ni recargos, con lo cual se producía en palabras del TC: “una condonación parcial de la obligación tributaria y una condonación total de las consecuencias accesorias”.

Lo determinante para acordar su inconstitucionalidad fue la vía legislativa utilizada: el Real Decreto-Ley pues esa modalidad legislativa no puede afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución. Así, dentro de este Título, en el art. 31.3 CE se prevé que cuando la Carta Magna autoriza el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público no lo hace de cualquier manera, sino “con arreglo a la ley”. Ahora bien, más allá de la declaración de inconstitucionalidad por la vía legislativa utilizada, el Tribunal no emitió ningún reproche ante la posibilidad de que, utilizando el mecanismo adecuado, se acordara una amnistía.

5. El precepto constitucional que posibilitaría una nueva Ley de amnistía.

Como hemos reiterado hasta ahora, no existe en nuestra Constitución pronunciamiento expreso que permita conceder amnistías ni, a la vez, tampoco existe precepto alguno que las prohíba. Es, además, digno de mención el hecho de que durante la elaboración del texto constitucional únicamente se presentó una enmienda en el Congreso (ninguna en el Senado) que propusiera la inclusión de la amnistía en la Carta Magna. Se trató de la formulada por el Grupo Mixto del Congreso, en relación con el art. 58 (ahora 66), donde se postulaba: *“Las Cortes Generales, que representan al pueblo español, ejercen la potestad legislativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título VIII, otorgan amnistías, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución”*. Enmienda que fue desestimada por la Ponencia y que ningún otro Grupo Parlamentario compartió¹².

En todo caso, y con independencia de esa propuesta relativa al órgano competente para conceder amnistías (en las que se atribuía a las Cortes Generales la facultad de acordarlas), existe a nuestro juicio un mecanismo constitucional que las permitiría. Se trata de una propuesta sugerida hace ya tiempo por LINDE PANIAGUA¹³, opción que, por otro lado, responde a una coherente lógica constitucional y que, a su vez, se encuentra recogida en el art. 2.2 del Código penal, lo cual viene a poner de relieve el vínculo entre amnistía y leyes penales retroactivas en tanto que una Ley de amnistía implica la aplicación retroactiva de una disposición que siempre será más favorable en la medida que supone una liberación de la pena.

En efecto, es de sobra conocido que el art. 9.3 CE dispone que *“La Constitución garantiza el principio de legalidad...la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...”*; luego, en sentido contrario, es evidente concluir que la Constitución permite que se apliquen retroactivamente disposiciones sancionadoras favorables. Por tanto, según el citado autor, no existe ningún inconveniente que permita negar la concesión de amnistías en virtud de lo previsto en el art. 9.3 CE.

¹² . Sobre los avatares del debate constituyente, vid., REQUEJO PAGÉS, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, en *Historia constitucional*, (revista electrónica), ob. Cit., págs. 100 y ss.

¹³ . LINDE PANIAGUA, E., “Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 2, 1979, págs. 55 y ss.

6. Sobre los límites materiales de una Ley de amnistía: delitos a los que no resulta aplicable.

Anteriormente hemos mencionado una Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Mixto, del año 2011, para modificar la Ley de Amnistía, que fue rechazada por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados; y también el rechazo de la Comisión de Justicia del Congreso de una Proposición no de Ley que, en el año 2016, instaba a la reforma de la Ley de Amnistía para establecer que no se aplicara a casos de torturas, desapariciones forzadas, ni a los crímenes de genocidio o de lesa humanidad. Iniciativas a las que cabe añadir la presentada por los Grupos Parlamentarios Confederal de Unidas-Podemos-En Comú Podem-en Marea, de Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto, de 10 de noviembre de 2017, en la que se proponía la adición de un nuevo párrafo al art. 9 de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, con el siguiente redactado:

“Las disposiciones contenidas en esta Ley no impedirán que los Juzgados y Tribunales investiguen, enjuicien e impongan las penas correspondientes a las personas responsables de haber cometido delito de genocidio, lesa humanidad, delitos de guerra y otras graves violaciones de derechos humanos”.

Una Propuesta que no prosperó pero que recogía, en buena medida, una parte del debate suscitado en los tribunales de justicia acerca de la vigencia de la Ley 46/1977 y de su alcance con respecto a los delitos de lesa humanidad, en realidad, sobre los crímenes del franquismo y la vigencia del Capítulo II bis del Título XXIV del Libro II del Código penal, con la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad”, art. 607 bis. (texto incorporado al Código penal mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre).

Como se recordará, el origen del conflicto reside en el Auto de 16 de octubre de 2008, dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, mediante el que su titular asumió la competencia para el conocimiento de los hechos que tenían por objeto a:

“Quienes se alzaron o rebelaron contra el gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos y provocaron el exilio forzoso de miles de personas. A fecha de hoy se desconoce el paradero de esos detenidos”.

Puntualiza acto seguido que la calificación jurídica que se acoge es la de “un delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse el paradero de la víctima en el marco de crímenes contra la humanidad, a los que añadirá “delitos contra las

personas y contra Altos Organismos de la Nación”. Unos hechos que se abordaron en la STS núm. 101/2012, de 27 de febrero, donde la Sala acabó absolviendo al Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, del delito de prevaricación del que venía siendo acusado. En la citada resolución se abordaron distintas cuestiones que exceden el objeto de este Dictamen, aunque sí nos referiremos brevemente a uno de los elementos clave del Auto de 16 de octubre de 2008, donde el Magistrado Instructor considera que, con relación a la amnistía, cualquier ley que pretenda eliminar un delito contra la humanidad sería nula de pleno derecho y, por ende, no podría ser aplicada. Parecer no compartido por la Sala, que considera que:

“Ciertamente, la obligación de los Estados de perseguir las violaciones constitutivas de delitos contra la humanidad aparece impuesta, de manera clara y precisa, con la promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1.998 (RCL 2002, 1367, 1906), ratificado por España, el 19 de octubre de 2000 y publicado en el BOE el 27 de mayo de 2002, con una previsión clara sobre su ámbito temporal de actuación a los delitos cometidos "después de la entrada en vigor del presente Estatuto" (art. 11).. Con anterioridad, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1.966 (RCL 1977, 893) y ratificado por España en 1.977, los Estados se comprometieron a disponer recursos efectivos para la persecución de las vulneraciones a los derechos reconocidos (art. 2.3 del Pacto y en el mismo sentido el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421). Una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho. Ahora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto y el Convenio, y así lo ha interpretado el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343. 344 y 345 de 1988 en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto "no puede aplicarse retroactivamente")”, Fundamento de Derecho Tercero.

A tal efecto, y sin entrar en la discusión acerca de la imprescriptibilidad de los delitos lesa humanidad y genocidio (art. 131.3 Código penal), parece que éstos son el único límite material que pudieran condicionar el objeto sobre el que recayera una Ley de Amnistía. Abundando en ello, la pregunta que cabe formularse es cuáles serían las condiciones o requisitos que debería cumplir una Ley de amnistía para adecuarse al marco constitucional.

7. Requisitos constitucionales de una Ley de amnistía.

El presente epígrafe se encuentra estrechamente relacionado con el anterior, así como con lo dispuesto en el segundo apartado de este Dictamen. Por lo tanto, en cuanto al objeto, debemos insistir en que existen delitos a los que no sería aplicable una Ley de amnistía, ya sea porque se trata de delitos de lesa humanidad o porque se trata de ilícitos imprescriptibles. Por lo demás, la Ley de amnistía debe adecuarse necesariamente a los principios de proporcionalidad y de igualdad, como se verá después. En este último sentido, quisiéramos introducir una reflexión que no por evidente es innecesaria, nos referimos a que no puede existir un tratamiento diferenciado entre quienes participaron en los hechos. En otras palabras, la amnistía sería extensiva a todos los sujetos que los materializaron cualquiera que fuera la posición adoptada en el conflicto, al que se pretende poner punto final a través de una Ley de amnistía.

En cuanto a los requisitos, la doctrina alemana ha señalado las particularidades que debería reunir una Ley de amnistía sobre la base de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que nos parecen perfectamente extrapolables a nuestro país¹⁴. Exigencias que ya han sido puestas de relieve o que lo serán en los siguientes apartados del Dictamen. En todo caso, podrían concretarse en las siguientes:

¹⁴ . B. SCHÜNEMANN, "Amnestie und Grundgesetz. Zur Verfassungswidrigkeit einer Amnestie in der Parteispendenaffäre", *Zeitschrift für Rechtspolitik*-198 (Citado por PÉREZ DEL VALLE, C. "Amnistía, Constitución y justicia material", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, pág. 196).

1º. Justificación de la existencia de un motivo legítimo. En este caso la Ley debe incluir una adecuada fundamentación política sobre su necesidad. Cuestión que será tratada en el apartado siguiente. Ahora bien, debemos anticipar que la viabilidad de una Ley de amnistía no puede circunscribirse únicamente a la liquidación de una etapa anterior, como ocurrió con el Real Decreto de 1976 y la Ley de 1977, sino que, una Ley de amnistía también puede tener por objeto resolver un conflicto político, como ocurrió poco antes de la guerra civil con el Decreto-Ley de 21 de febrero de 1936, mediante el que se concedió una amnistía a todos los condenados por los sucesos de la Revolución de Octubre de 1934, a propuesta de Azaña y cuyo único artículo enfatizaba que se trataba de una medida de *“pacificación conveniente al bien público y a la tranquilidad de la vida nacional...”*.

2º. Que adopte la forma de Ley general, de modo que no constituya una medida para casos particulares. Una Ley que al afectar al Código penal y al desarrollo de los derechos fundamentales (vinculados, entre otros, con el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad), necesariamente ha de revestir el carácter de Ley Orgánica (art. 81 CE).

3º. Configuración del ámbito de aplicación de la amnistía de acuerdo con el principio de igualdad, el cual, según afirma el TC alemán en su sentencia de 15 de diciembre de 1959¹⁵, se vería lesionado cuando la excepcionalidad de la amnistía no *“esté manifiestamente orientada a la idea de Justicia”*. La igualdad supone que no se puede dispensar un trato diferenciado entre “amigos y enemigos”, de modo que todas las partes implicadas en el conflicto han de recibir el mismo tratamiento, esto es, que repercutan sobre quienes los realizaron, cualquiera que fuese la posición adoptada a excepción, claro está, de lo que se dice en el apartado siguiente (vid., asimismo, *supra* 2 y 3)¹⁶.

4º. Que cumpla con el respeto a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. El art. 10.2 CE establece una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. Obligando a interpretar los primeros de acuerdo con el contenido de los

¹⁵ BVerfG 10, 234.

¹⁶ PÉREZ DEL VALLE, C. “Amnistía, Constitución y justicia material”, ob. cit., pág. 195.

Así, en la resolución anterior, con relación a la finalización de los procedimientos en virtud de una Ley de Amnistía General, la Gran Sala observa que al demandante se le había concedido indebidamente una amnistía por actos que equivalían a graves violaciones de los derechos humanos fundamentales protegidos en virtud de los artículos 2 y 3 del Convenio. A lo que añade que los Estados tienen la obligación de enjuiciar actos calificables como la tortura u homicidio intencionado.

En todo caso, se observa una tendencia cada vez mayor en el derecho internacional a encontrar inaceptables la concesión de amnistía con respecto a delitos graves contra los derechos humanos. En apoyo de esta observación, la Gran Sala se basó en decisiones de varios organismos, tribunales y convenciones internacionales, entre ellas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, puntualiza, aunque se aceptara que las amnistías eran posibles en virtud de determinadas circunstancias personales, como un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas, la amnistía concedida al demandante no podía ser aceptada ya que no había nada que indicara que hubieran concurrido esas condiciones.

En definitiva, toda medida que pretenda impedir la investigación, juicio y, en su caso, sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos es incompatible con el CEDH, incluida una Ley de amnistía¹⁹.

¹⁷ Dujardin et autres contre la France, núm. 16734/90, decisión de la Comisión, 2 de septiembre de 1991, Decisions and Reports 72.

¹⁸ Marguš contre Croatia [GC], núm. 445/10, 27 de mayo de 2014. Al respecto, vid., ampliamente, nm. 129 y ss.

¹⁹ Vid., CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Las leyes de amnistía en el sistema europeo de Derechos Humanos. De la decisión de la comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Marguš contra Croacia: ¿Progresivo desarrollo o desarrollo circular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 54, 2015, pág. 947.

PARTE 2ª

RAZONES PARA LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY DE AMNISTÍA EN EL ACTUAL CONTEXTO POLÍTICO

1. El Parlamento define la política-criminal del Estado, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

El modo en que el poder constituido gestiona el sistema penal, desde la determinación de delitos y penas hasta la configuración del poder judicial, pasando por la organización de los agentes de todo tipo que intervienen en el proceso de prevención del crimen, forma parte de su agenda política y recibe el nombre, por ello, de “política criminal”.

Nuestra Constitución establece un haz de normas y principios que permite establecer un marco de actuación de esa *política criminal*, pero no impone un modelo específico más o menos criminalizador. A lo largo de los cuarenta y cinco años de vida de nuestra Constitución, el sistema penal español ha vivido fases de descriminalización o de reducción de las sanciones junto con otras de clara expansión del Derecho penal. Lo primero ocurrió, por ejemplo, en los años posteriores a la promulgación de la Constitución, con la eliminación de la responsabilidad penal objetiva y de delitos relativos a la moral sexual impropios de un Estado democrático, así como la derogación de las medidas de seguridad pre-delictuales. Como momentos de clara expansión punitiva cabe señalar la reforma de 2003, con la reintroducción de la multirreincidencia e incremento de las penas contra la delincuencia insidiosa, y la reforma de 2015, con la inclusión de la prisión permanente revisable junto con la promulgación de la “ley mordaza”, algunos de cuyos preceptos fueron declarados inconstitucionales recientemente y otros se han puesto en tela de juicio por extender las potestades policiales más allá de lo democráticamente deseable.

Ambos fenómenos de reducción y expansión del sistema penal son admitidos por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que le reconoce al legislador un amplio espacio de juego para que determine su línea político-criminal bajo la única condición del respeto a los derechos fundamentales. En apoyo de esta aseveración cabe citar las siguientes Sentencias:

STC 209/1993, de 28 de junio

“los preceptos del Código Penal puestos indirectamente en tela de juicio se mueven dentro del perímetro diseñado constitucionalmente como campo de juego de la política criminal, cuya dirección es *función privativa del Gobierno* y cuya cristalización en normas corresponde a las Cortes Generales” (FJ5)

STC 55/1996, de 28 de marzo

“como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, *corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal*” (FJ6)

STC 129/1996, de 9 de julio

“Como ha puesto de relieve la STC 55/1996, el legislador en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como respecto de la determinación de sanciones penales, goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional, y en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, sigue diciendo la Sentencia, que como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, *corresponde al legislador el diseño en exclusiva de la política criminal*, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad (...) Por ello, *tan conforme es a la Constitución en los términos acabados de exponer, que un hecho que hasta un determinado momento es penalmente típico, deje de serlo, o viceversa o que sobre él, el legislador establezca una diferente pena en el aspecto cualitativo o en el cuantitativo*. Los procesos de auténtica criminalización y descriminalización, o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la *sensibilidad social*, frente a determinados comportamientos que al ser captada por el legislador en cada momento histórico” (FJ4)

STC 59/2008, de 14 de mayo

El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4) y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea el “el fruto de un complejo *juicio de oportunidad* que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución” (FJ6)

STC 154/2009, de 25 de junio

“conforme a la doctrina de este Tribunal el legislador democrático goza de la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo, gozando de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional. Por tanto, *no compete al Tribunal Constitucional enjuiciar ni valorar temas de política legislativa criminal, pues la realidad social sólo es valorable por el legislador*” (FJ 7).

STC 160/2012, de 20 de septiembre (citada, posteriormente, por la STC 169/2021, de 6 de octubre, relativa a la prisión permanente revisable).

“el control de la ley penal que este Tribunal tiene asignado debe venir presidido, en todo caso, por el *reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución*, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 163/1999, de 20 de julio, FJ 23; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5; 60/2010, de 7 de octubre,

FJ 7). El juicio de constitucionalidad que nos atañe no se ocupa, en consecuencia, de cuestiones referidas a la eficacia, conveniencia o acierto técnico de la norma, sino únicamente a enjuiciar si se han respetado los límites externos que a la intervención legislativa imponen los principios constitucionales invocados por el órgano cuestionante (en igual sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 151/2009, de 25 de junio, FJ 4). (FJ 2)

Por consiguiente, cuando el legislador de nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) se plantea promulgar una Ley Orgánica de Amnistía -admitida en nuestra Constitución, tal y como se ha fundamentado en la 1ª parte de este Dictamen-, cuenta con el respaldo de esta doctrina del Alto Tribunal, que le obliga en todo caso a justificarla mediante una valoración de la realidad social (*juicio de oportunidad*).

Dicha valoración cabe desde luego en las amnistías de carácter no político, que sólo persiguen fines de utilidad inmediata del sistema penal, como la “*amnistía permanente de armas de fuego*” aprobada en Australia en 2021, para aflorar las armas ilegales³⁸, o las denominadas “*amnistías fiscales*”, concedidas en nuestro país para favorecer la afloración del dinero negro. Mayor utilidad social cabe atribuir a las amnistías políticas, que suelen dictarse tras un cambio de régimen político (como la Ley española de 1977) o para superar un determinado conflicto político sin que la Constitución haya sufrido ninguna transformación (así, la recientemente aprobada por el Parlamento inglés, relativa al conflicto norirlandés, cuyos parámetros son sin embargo muy distintos a los de la amnistía que aquí se propone³⁹).

2. Un proceso reivindicativo de la autodeterminación de Cataluña. La aplicación del art. 155 CE.

En efecto, la amnistía que se propone para España en 2023 tiene como finalidad resolver desde un punto de vista político el conflicto existente entre Cataluña y el Estado español desde hace algo más de una década⁴⁰. Una concisa exposición

³⁸ *Permanent National Firearms Amnesty. Annual Report*. January 2023. En Australia, el programa de “*amnistía nacional y permanente sobre armas de fuego*” (“*national permanent firearms amnesty*”), acordado y aprobado por el gobierno federal y las administraciones de los seis estados federados australianos, y en vigencia desde 1 de julio de 2021, permite que tanto los detentadores de custodia impuesta lato sensu como los detentadores de custodia culpables entreguen dichos objetos a la policía o a comerciantes legales de armas de manera anónima y sin ser perseguidos penalmente (cfr. VIVEIROS, *Delitos de posesión. Una investigación dogmática y político-criminal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2023, p. 300).

³⁹ *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023*

⁴⁰ RUIZ MIGUEL, “Gracia y justicia: más allá del indulto, una síntesis”, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés*

histórica es aquí obligada para establecer sobre una base firme el *juicio de oportunidad* (política y social) que al legislador le reclama la jurisprudencia constitucional.

El punto de arranque de esa narración se sitúa en la STC 31/2010, de 28 de junio, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad presentado por 98 diputados del Partido Popular contra el Estatuto de autonomía de Cataluña, promulgado el 19 de julio de 2006, con el voto afirmativo del Parlamento español y de la ciudadanía de Cataluña (que lo validó con una mayoría del 73% en el *Referéndum* celebrado el 18 de junio de 2006). Dicha Sentencia consideró que carecían de eficacia jurídica las referencias contenidas en dicho Estatuto a “Cataluña como nación” y a la “realidad nacional de Cataluña” y anuló una algunas disposiciones relevantes del mismo. Esta discordancia entre el resultado del Referéndum de reforma estatutaria y el fallo del Tribunal Constitucional fue el motivo esgrimido por el Parlament de Cataluña para aprobar por mayoría el 23 de enero de 2013 una Resolución cuyo punto 2º enfatizaba: “*El proceso del ejercicio del derecho a decidir será escrupulosamente democrático y garantizará especialmente la pluralidad y el respeto de todas las opciones, mediante la deliberación y el diálogo en el seno de la sociedad catalana, con el objetivo de que el pronunciamiento que se derive sea la expresión mayoritaria de la voluntad popular, que será el garante fundamental del derecho a decidir*” Por su parte, el punto 4º anunciaba: “*Se dialogará y se negociará con el Estado español, con las instituciones europeas y con el conjunto de la comunidad internacional*”. En ningún momento se planteaba la posibilidad de utilizar la violencia como instrumento de negociación.

Más tarde, se produjeron otros dos hechos esenciales para comprender la evolución del conflicto entre Cataluña y las instituciones del Estado: por un lado, el rechazo del Congreso de los Diputados a la Proposición de Ley Orgánica del Parlament *de delegación en la Generalidad de Cataluña de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña*, por 299 votos en contra y 47 a favor -8 de abril de 2014- y, por otro, la presentación del recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno español contra Ley de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, *de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana*, cuyas disposiciones esenciales fueron declaradas inconstitucionales por la STC31/2015, de 25 de febrero. Pese a ello, el Decreto de la Generalitat 129/2014, de

Ibañez, Madrid, 2019, p. 277. “La apelación a la utilidad pública por razones políticas fundacionales está en el origen de la institución y del término “amnistía” (ἀμνηστία: olvido), con los que Atenas reintrodujo la democracia en el 403 a.C. tras el gobierno de los Treinta Tiranos. Es también, seguramente, el argumento en favor del derecho de gracia más pujante y el más resistente a su abolición”

27 de septiembre convocó una “consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña”, que se celebró el 9 de noviembre de ese mismo año de manera pacífica.

Poco después de las elecciones catalanas de septiembre de 2015 se promulgó una reforma de la LO del Tribunal Constitucional que confería a sus resoluciones el carácter de “título ejecutivo” (art. 87.2), con la evidente intención de convertir en delitos de desobediencia la insumisión a sus resoluciones: una respuesta a los incumplimientos de este tenor que habían tenido lugar en Cataluña.

En un clima de creciente tensión política, el Parlament aprobó con fecha de 6 y 8 de septiembre de 2017 las Leyes “*del referendum de autodeterminación*” y “*de transitoriedad jurídica y fundacional de la República*”. El art. 4 de la primera planteaba la siguiente pregunta: “*¿Quiere que Cataluña sea un estado independiente en forma de república?*”, en claro incumplimiento de la Constitución española vigente y como desafío a las instituciones del Estado. Ambas leyes fueron declaradas inconstitucionales por SSTC 117 y 124 de 17 de octubre y 8 de noviembre de 2017, respectivamente.

Dicha actuación del Parlament y del Gobierno catalanes generaron un conflicto jurídicamente grave con el Estado español ya que se adoptaron fuera de las competencias reconocidas por la Constitución española y por el citado Estatuto catalán. Así fue reconocido por distintas resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas a lo largo de aquel mes de septiembre y también por resoluciones del poder judicial que intentaban evitar a toda costa la celebración del referéndum del 1 de octubre. Así, el Auto del Tribunal Superior de Cataluña de 27 de septiembre de 2017 ordenaba a los Mossos d’Esquadra, a la Guardia Civil y a la Policía Nacional lo siguiente: “*Impedir, hasta el 1 de octubre, la utilización de locales o edificios públicos -o de aquéllos en los que se preste cualquier tipo de servicio público- para la preparación de la celebración del referéndum. En esa fecha, se impedirá su apertura, procediendo, en su caso, al cierre de todos aquéllos que hubieran llegado a abrirse.*”

Previamente, el día 20 de septiembre se concentraron decenas de miles de personas ante la Consejería de Economía de la Generalitat en manifestación de protesta contra el registro que se llevaba a cabo en la sede de la misma, para recabar pruebas de utilización ilegítima de fondos públicos para la celebración del referéndum recién convocado. La STS 459/2019, de 14 de octubre, consideró probado que la concentración masiva dificultó las tareas de registro, pero no relata graves altercados de orden público. En esa misma Sentencia se advierte, por el contrario, de que el 1 de octubre “en diversos lugares de la geografía

catalana se produjeron enfrentamientos entre miembros de las fuerzas de seguridad y ciudadanos que participaban en la emisión de voto, quienes intentaban impedir a toda costa el cumplimiento de la resolución judicial de la que eran portadores los agentes” En la 3ª parte de este Dictamen se abordará la relevancia de dichos sucesos.

La STS 459/2019 reconoce asimismo como hecho probado que los actos previos a la declaración de independencia del 27 de octubre de 2017 se realizaron con la única finalidad de negociar con el Estado español. Pero al fin y al cabo, el Parlament aprobó ese día la Declaración unilateral de independencia. Frente a ello, el mismo 27 de octubre el Boletín Oficial del Estado publica “*el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución*”. Dicha Resolución dispone:

Se autoriza al Gobierno de la Nación a proceder al cese del Presidente de la Generalitat de Cataluña, del Vicepresidente y de los Consejeros que integran el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

El cese implicará la sustitución en el ejercicio de todas las funciones que estatutaria, legal y normativamente les son propias como Presidente, Vicepresidente y miembros del Consejo de Gobierno y como titulares de sus respectivos Departamentos o Consejerías.

El ejercicio de dichas funciones corresponderá a los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la Nación.

Estos antecedentes demuestran que la herramienta constitucional prevista en el art. 155 CE, que suponía nada menos que la suspensión de la autonomía de Cataluña, se había mostrado eficaz para neutralizar una declaración de independencia como aquella. Así pues, existían en nuestro ordenamiento jurídico vías ajenas al Derecho penal para resolver un conflicto igualmente político.

3. La respuesta penal del Estado: la STS 459/2019 y los múltiples procesos abiertos relacionados con el Procés. Fracaso de la política criminal punitivista.

Pese a ello, la Fiscalía General del Estado instó al Tribunal Supremo a iniciar un procedimiento por delito de rebelión que permitía la aplicación de medidas excepcionales contra los líderes políticos catalanes, como la suspensión inmediata de sus cargos públicos en virtud del art. 384 bis LECrim.; por lo demás, una imputación tan grave favorecía también el inmediato ingreso en prisión provisional de todos ellos.

A lo largo del procedimiento, casi desde su inicio, la imputación de un delito de rebelión fue fuertemente contestada por decenas de penalistas españoles a través de distintos manifiestos, entre los que destaca el publicado en noviembre de 2017 por más de 100 catedráticos y profesores de Derecho penal⁴¹, en el que se discrepaba abiertamente de dicha calificación jurídica porque se sostenía que en los hechos “está ausente un elemento estructural de ese ilícito cual es la violencia”. Manifestación contraria a dicha calificación que se repitió cuando se conocieron las Conclusiones provisionales de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado, cuando más de 100 catedráticos/as y profesores/as de Derecho penal suscribieron el Manifiesto titulado “*La banalización de los delitos de rebelión y sedición*”⁴², en el que se negaba la concurrencia de ambos delitos en los hechos ocurridos en Cataluña en septiembre y octubre de 2017.

Tanto la Fiscalía como la Abogacía del Estado mantuvieron sus respectivas calificaciones al elevarlas a definitivas y el Tribunal Supremo condenó como autores del delito de sedición a los líderes políticos catalanes, considerando que en efecto no se produjo una violencia idónea orientada a la separación de Cataluña del Estado español (rebelión), pero sí un alzamiento tumultuario dirigido a impedir la aplicación de resoluciones judiciales tanto en los hechos ocurridos el 20 de septiembre como en la jornada del referéndum ilegal del 1 de octubre (sedición). Los recursos de amparo presentados por los condenados ante el Tribunal Constitucional contra dicha calificación jurídica no tuvieron éxito.

En dicha Sentencia se consideró “hecho probado” que los líderes condenados no tuvieron nunca la intención de alcanzar la independencia por la vía inconstitucional emprendida, sino que ésta constituyó sólo una estrategia de negociación con el Estado español: “*eran conocedores de que lo que se ofrecía a la ciudadanía catalana como el ejercicio legítimo del «derecho a decidir», no era sino el señuelo para una movilización que nunca desembocaría en la creación de un Estado soberano. Bajo el imaginario derecho de autodeterminación se agazapaba el deseo de los líderes políticos y asociativos de presionar al Gobierno de la Nación para la negociación de una consulta popular.*” Una interpretación de los hechos que concuerda con la expresada años atrás en el documento “*La consulta sobre el futur politic de Catalunya*”⁴³. Dicha percepción

⁴¹ *Legalidad penal y proceso independentista*, encabezado por Francisco Javier Álvarez García y Marisa Maqueda Abreu, catedráticos de Derecho penal y suscrito por más de 100 catedráticos y profesores de Derecho penal. https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/legalidad-penal-proceso-independentista_129_3073315.html

⁴² *Revista Crítica Penal y Poder*, 2018, nº 15 Octubre (pp. 221-223)

⁴³ *Generalitat de Catalunya. Consell Assessor per a la transició nacional*, Barcelona, 25 de juliol de 2013, p. 126.

de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, referida al elemento subjetivo del delito de rebelión, contribuyó -junto a la consideración de la violencia como *típicamente inidónea*- para excluir la condena por ese delito e inclinarse por la sedición, no poco grave.

Así pues, la resolución penal del conflicto generado en Cataluña a partir de enero de 2013, mediante la STS 459/2019, supuso la expresión de una política criminal que se sirvió de una aplicación muy discutible de la normativa penal vigente, sin explorar otras alternativas menos aflictivas. En este sentido, conviene subrayar que la reivindicación de la independencia de Cataluña o del derecho de autodeterminación -si se prefiere- no puede constituir delito en un sistema de *democracia no militante* como el que establece nuestra Constitución y como ha reconocido el Tribunal Constitucional e incluso el propio Tribunal Supremo en la STS 459/2019.

En efecto, las SSTC 112/2016, de 20 de junio (FJ 2) y 177/2015, de 22 de julio (FJ 2) sostienen que en nuestro sistema constitucional “no tiene cabida un modelo de ‘*democracia militante*’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas” [FJ 2 b)].

Tan asentada está en la órbita constitucional de nuestro país esta idea que la propia STS 459/2019 (fj 17) tuvo que admitirla, al menos como marco axiológico de referencia: “no se castiga por difundir opiniones o doctrinas contrarias al actual estatus constitucional. Tampoco por propugnar una superación del marco político vigente. La libertad de los acusados, en este punto, permanece incólume. Nuestro sistema no se identifica con aquellos otros que hacen de la democracia militante una de sus señas de identidad (cfr. SSTC48/2003, 136/1999, 159/1986)”. Una idea que repite en el *Informe de la Sala 2ª, relativo a los indultos acordados en Consejo de Ministros de 22 de junio de 2021*, al decir: “asumiendo incluso que la lucha por sus ideales políticos -de incuestionable legitimidad constitucional- autorizaría la movilización ciudadana” para su consecución, lo cual constituye no otra cosa que un cabal reconocimiento del nexo existente entre el derecho a la libre expresión de las ideas y el de manifestarlas en un ámbito público. Otra cosa sería penalizar la simple “deslealtad constitucional”, que no es considerada delito en nuestro ordenamiento penal.

4.La amnistía como segunda fase de la política criminal despenalizadora.

Como signo de una nueva orientación política criminal, divergente con la que acabamos de relatar, cabe recordar la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, que ha derogado el delito de sedición y modificado sustancialmente los delitos de desórdenes públicos. Su Exposición de Motivos señala que la finalidad de esta norma es armonizar la legislación española sobre esta materia con la de los países de nuestro entorno y adecuar su regulación a la realidad histórica actual, que resulta muy diferente de aquella en la que fueron concebidas algunas figuras. La derogación de la sedición, clamada por la doctrina desde hacía mucho tiempo, eliminó de la STS 459/2019 el principal delito por el que fueron condenados los líderes del movimiento independentista, ejecutando de ese modo un giro político-criminal profundo hacia una resolución política y no penal del conflicto político generado en Cataluña. A ello contribuyó también, como otro signo despenalizador singular, la concesión del indulto a los líderes independentistas condenados en la STS 459/2019, mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de junio de 2021.

En esa misma *orientación político-criminal despenalizadora* se sitúa la amnistía cuya oportunidad ahora fundamentamos y que puede considerarse una *segunda fase* de aquella, caracterizada por la demarcación de un período de tiempo - iniciado en enero de 2013- respecto al cual el Estado renuncia a la utilización del aparato punitivo y confía en la utilización de herramientas políticas para la resolución del conflicto político catalán. Pues se trata, en efecto, de una segunda fase que tiene como rasgo fundamental la desconfianza hacia la utilización exclusiva del Derecho penal como instrumento para la solución de dicho conflicto⁴⁴ y en el que las posibles actuaciones lesivas de derechos fundamentales que han tenido lugar en los últimos años -por parte de todos los intervinientes- se enmarcan en un contexto de tergiversación del orden público. Esta segunda fase se inaugura en la fecha de la constitución de las Cortes Generales de la actual legislatura, es decir el 17 de agosto de 2023, fecha que se considera idónea para limitar la aplicación de la amnistía en el otro extremo temporal.

⁴⁴ Recientemente, RODRÍGUEZ RAMOS ha anudado la utilidad política y social a la amnistía -referida al caso del Procés- (“El indulto como derecho. Hacia una nueva ley transicional e inhibidora de la arbitrariedad”, en MUÑOZ SÁNCHEZ/GARCÍA PÉREZ/CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA, *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo blanch, 2023, p. 1128).

La superación de esa tergiversación en el marco de una Constitución que proclama como valores superiores el *pluralismo político* y la *libertad* (la *tolerancia* en definitiva) es la base que confiere legitimidad a una medida tan excepcional. Como advirtió el prudente humanista Dorado Montero hace más de un siglo: “la amnistía es el único medio para restablecer y reafirmar el orden turbado por las disensiones civiles (...) La amnistía es un utilísimo expediente de pacificación y de concordia pública, indispensable en ciertas circunstancias de la vida de un Estado”⁴⁵. En un contexto diferente y más actual pudo escucharse en la Asamblea Francesa que una ley de amnistía constituye un “gesto político de apaciguamiento propio de la tradición republicana” (1995)⁴⁶.

La Constitución ofrece sustento sobrado para apoyar en su marco esta *segunda fase de una política criminal despenalizadora*. En efecto, es un lugar común en la doctrina penal contemporánea que el Derecho penal sólo debe utilizarse allí donde otros medios de control social no resulten suficientes o adecuados, es decir “sólo lo necesario y en la medida en que sea necesario”. Así se expresa el llamado *principio de intervención penal mínima*, basado en la *necesidad* de la intervención penal. Nuestro Tribunal Constitucional lo ha acogido sin ambages en un buen número de resoluciones (SSTC 45/2022, de 23 de marzo (FJ 11) y 26/2018, de 5 de marzo (FJ 6), entre otras) que toman como referencia doctrinal constante la STC 229/2003, de 18 de diciembre, en la que se advertía que “en materia penal rige el denominado *principio de intervención mínima*, conforme al cual la intromisión del Derecho Penal debe quedar reducida al mínimo indispensable para el control social. De modo tal que la sanción punitiva, como mecanismo de satisfacción o respuesta, se presenta como *ultima ratio*, reservada para aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad”. Esta visión reduccionista del Derecho penal en el Estado democrático tiene su raíz en la doctrina que reclama una mínima limitación de los derechos fundamentales (expresada entre otras en las SSTC 111/1993, de 25 de marzo -FJ 9- y 120/1990, de 27 de junio -FJ 8), según la cual “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 13/1985, fundamento jurídico 2.º)”.

Tal y como se ha explicado más arriba, el Estado ha utilizado ya el Derecho penal como medio principal para la resolución del grave conflicto político surgido en

⁴⁵ DORADO MONTERO, *El Derecho protector de los criminales*, Tomo II, Madrid, 1916, p. 427.

⁴⁶ DOLEZ, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration Générale de la République sur la Proposition de Loi (Nº 760), Adoptée par le Sénat, portant amnistie des faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives*, p. 6, 24.4.2013.

Cataluña a partir de enero de 2013. También se ha constatado que el Derecho penal, aplicado de manera controvertida y sirviéndose de tipos penales susceptibles de ser derogados por su irrelevante utilización durante más de cuarenta años, ha demostrado ser abiertamente ineficaz para la resolución del conflicto, es decir que puede considerarse una muestra más de la denostada “huida hacia el Derecho penal”. Para la resolución de conflictos sociales, en particular aquellos que afectan al orden público, se requiere una aplicación sumamente restrictiva de los tipos penales, que no ha tenido lugar en la primera fase -ya relatada- de utilización exclusiva del Derecho penal. Cabe referirse aquí no sólo a la esencial STS 459/2019 sino a los numerosos procedimientos abiertos por delitos contra el orden público en un contexto de reivindicación política, que debe valorarse adecuadamente.

La alteración del orden no debe confundirse con la lesión de la *paz pública*. Como advertía el Tribunal Constitucional en la STC 59/1990, de 29 de marzo, la noción de *orden público* ha de ser interpretada de conformidad con la Constitución, "pues los conceptos de "*paz pública*" y de "*orden público*" no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho". Se reclama, por tanto, una adaptación de la aplicación del Derecho penal a un contexto de reivindicación política legítima, dado el carácter de *democracia no militante* que se predica de nuestro sistema constitucional. Una medida de renuncia a la persecución penal, como la amnistía, referida a conductas cuyo desvalor social y jurídico se sitúa en un espectro medio o bajo -una vez desaparecido el delito de sedición-, que se muestra una herramienta política útil para pacificar el conflicto político catalán, cumple cabalmente ese postulado del mayor beneficio social frente al menor riesgo de relajación del efecto preventivo de la pena. Debe tenerse en cuenta que no se trata aquí en absoluto de despenalizar conductas sino de situar en ese margen temporal la comisión de ciertos delitos y enlazarlo con un contexto de reivindicación política, advirtiéndose que en ningún caso cabe amnistiar los delitos rechazados por los instrumentos jurídicos internacionales protectores de los derechos humanos, como en particular ocurre con la tortura.

En el debate generado por la eventual aprobación de esta ley de amnistía se ha recurrido en ocasiones al argumento de la *proporcionalidad*, que resultaría vulnerada por la renuncia al ejercicio del poder punitivo. En nuestra opinión, sin embargo, no es esta la perspectiva clave en el contexto que nos ocupa. La del defecto o insuficiencia de pena no es una cuestión que haya de plantearse a la luz de exigencias de *proporcionalidad* (que en este caso se convertiría en lo que se ha denominado un “principio de proporcionalidad por defecto”,

contundentemente rechazado, entre otros, por VIVES ANTÓN⁴⁷); lo que ha de justificarse en estos términos es el castigo, la injerencia o sacrificio de derechos fundamentales que el ejercicio del *ius puniendi* implica por definición (que es precisamente el núcleo en torno al que se ha construido la jurisprudencia constitucional sobre este principio, como destacan entre otras la misma STC 47/2022, que se refiere a la proporcionalidad como límite al “sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”) y no la renuncia a imponerlo.

A nuestro juicio, cuando se trata de este otro tipo de decisiones político-criminales de renuncia al poder punitivo, la cuestión se plantea más acertadamente en términos de si se satisfacen o no las “obligaciones de castigar” establecidas por la normativa y jurisprudencia internacionales -ya tratadas en el dictamen en relación a los delitos contra la integridad moral- y sobre todo (a la hora de valorar la justificación del segmento de delitos amnistiables) en términos del respeto al *principio de igualdad y la interdicción de la arbitrariedad*. Las exigencias de racionalidad que han de presidir (reforzadamente) cualquier intervención criminalizadora obviamente no desaparecen cuando de disminución o renuncia a la pena se trata; como señala MOLINA FERNÁNDEZ, “en un sistema jurídico que se tome en serio sus prohibiciones penales, la extinción de una responsabilidad penal exigible debe ofrecer argumentos materiales que la justifiquen” y hacerlo de un modo coherente con el sentido de la intervención penal⁴⁸; pero como ha intentado explicarse, no es el parámetro de la proporcionalidad el relevante, sino los dos que se abordan *infra* en el siguiente epígrafe.

Por otra parte, a diferencia de ciertos procesos transicionales que cuentan con la amnistía como herramienta de pacificación, la limitación de esta amnistía a delitos que no son “de sangre” -a diferencia de la Ley española de 1977 y de los acuerdos de paz de Colombia de 2016, por poner dos ejemplos bien patentes- permite actuar con mayor seguridad a la hora de abandonar la pretensión punitiva, siempre con el objetivo de garantizar un beneficio social mayor.

⁴⁷ VIVES ANTÓN, en *idem*, Cuerda Arnau y Górriz Royo (ed.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 292 y ss.

⁴⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, “El indulto y sus razones”, en Molina Fernández (coord.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, BdeF, 2009, pp. 255 y 258 (nota 11).

5. Garantía de la igualdad ante la ley e interdicción de la arbitrariedad.

Como se dijo más arriba, la legitimidad de una amnistía se cifra en múltiples aspectos, pero sin duda uno muy relevante -y que en la actualidad no deja de ponerse sobre el tapete en el debate público sobre ella- es la garantía de la igualdad ante la ley. En este sentido, conviene advertir que ese derecho no predica una aplicación mecanicista de la norma sino una aplicación racional que tenga en cuenta los matices del hecho al cual se aplica. En efecto, la STC 102/2020, de 21 de septiembre, recuerda su doctrina reiterada sobre el art. 14 CE y deja bien clara el carácter dialéctico de este derecho, que reclama siempre un análisis de contacto entre el caso y la norma:

“ Como este tribunal ha afirmado reiteradamente, el principio de igualdad “en la ley” impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, *carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación*. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas *por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables*, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados; luego, *para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida*, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (entre muchas otras, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 4; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 7, y 167/2016, FJ 5). Es decir, el art. 14 CE, en su dimensión de igualdad en la ley, impide al legislador establecer distinciones entre supuestos de hecho que, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, deban ser considerados iguales, de manera que su diferenciación sea tenida por arbitraria y discriminatoria”

A este respecto, conviene recordar que la aplicación de la amnistía como una medida de política criminal despenalizadora para contribuir a la resolución de un conflicto político debe quedar acotada a un contexto temporal determinado, en el que dicho conflicto se manifiesta: principio y fin, origen y conclusión. Ya se ha propuesto aquí la fecha del 1 de enero de 2013 como inicio del proceso reivindicativo del derecho a decidir en Cataluña y la fecha del 17 de agosto de 2023 como fecha de conclusión de esa situación especial que justifica medidas de política criminal asimismo especiales, pues a partir de ella se constituye el Parlamento que decidirá -en su caso- la aprobación de una medida tan excepcional.

A lo largo de este apartado se ha explicado por qué se considera que ese período -y no otro- es excepcional y también por qué se considera que la reivindicación

que está en la base de ese movimiento político puede acogerse en nuestro sistema constitucional porque no tiene carácter de *democracia militante*, reivindicación legítima siempre que no suponga una grave afectación de otros derechos fundamentales. Con ello consideramos que se supera asimismo el umbral de la interdicción de la arbitrariedad, pues como recuerda la STC 74/2022, de 14 de junio (FJ 3):

“la calificación de ‘arbitraria’ dada a una ley a los efectos de entender vulnerado el art. 9.3 CE exige una cierta prudencia”, porque “[l]a Ley es la ‘expresión de la voluntad popular’, como dice el preámbulo de la Constitución y como es dogma básico de todo sistema democrático”. Ciertamente, “en un régimen constitucional, también el Poder Legislativo está sujeto a la Constitución, y es misión de este tribunal velar por que se mantenga esa sujeción, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente”. Ahora bien, ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse “de forma que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas”. Y “[e]l cuidado que este tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad” (entre otras, SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6).

Así pues, en el marco de las opciones políticas legítimas se encuentra la articulación de una política criminal que tenga en cuenta el coste social del conflicto político catalán y apueste por contribuir a su superación mediante la renuncia a la persecución penal de ciertos delitos, en una segunda fase de despenalización tras la derogación de la sedición y el indulto a los condenados en la STS 459/2019, con el fin de que el territorio de dicha persecución penal quede asimismo despejado para todos aquellos que se hallan todavía incurso en él, a consecuencia del proceso reivindicativo de derecho a decidir en Cataluña y de la respuesta meramente punitiva del Estado, con un sacrificio excesivo de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y reunión. Los valores superiores de la libertad y del pluralismo político abonan la idea de que el legislador del Estado democrático –genuino representante de la soberanía popular (art. 1.2 CE)- para diseñar una política criminal que cumpla con los postulados constitucionales.

Parte 3ª

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA AMNISTÍA

1. Acotación temporal y contexto político de los delitos sujetos a la amnistía.

Por la propia función que cumple, cualquier Ley de amnistía establece una fecha de inicio para aplicar sus medidas y, lógicamente, una determinación de los actos a los que se pretende aplicar. Existen múltiples precedentes de amnistías dictadas tras la inauguración de un *régimen* político, pero nada impide que se aplique para solucionar un *conflicto* político (así, las que tuvieron lugar en Francia en relación con la independencia de Argelia).

Esta Ley de amnistía que ahora se propone servirá, sin duda, para establecer las bases para la solución del conflicto político existente entre Cataluña y el Estado español, que resultó agravado por una contundente represión penal y por la falta de proporcionalidad con la que se adoptaron ciertas decisiones judiciales. Siendo así, entendemos que sólo si se asumen medidas constitucionales, democráticas, no autoritarias, puede producirse un retorno a la normalidad institucional en el marco de un Estado plurinacional, en el que puede reivindicarse el derecho de autodeterminación, como cualquier otra medida no contemplada en la Constitución vigente, porque ésta no ha creado una *democracia militante*.

Como es lógico, al abordar la elaboración de una ley de amnistía debe fijarse claramente el ámbito temporal que se pretende abarcar, tal y como se ha explicado en el apartado anterior de este Dictamen. Establecido el periodo de tiempo durante el que se va a amnistiar, hay que precisar que no cualquier comportamiento ilícito realizado durante ese espacio temporal será objeto de esta ley. *Sólo aquellas acciones y omisiones que hayan tenido por finalidad la reivindicación del derecho de autodeterminación de Cataluña*. Por el contrario, la desvinculación con ese objetivo impedirá la aplicación de la amnistía. Excepcionalmente, como se expondrá más adelante, *determinadas actuaciones policiales que impidieron la reivindicación del derecho de autodeterminación* podrían ser amnistiadas, si bien sujetas a unos requisitos muy específicos.

Una vez sentados tanto el ámbito temporal como la finalidad (*elemento subjetivo*) requeridos para que el comportamiento sea susceptible de amnistía, se requiere concretar qué ilícitos -penales y administrativos- entran en el listado de infracciones amnistiadas. Hay que recordar lo dicho ya sobre los límites nacionales e internacionales de una Ley de amnistía, es decir sobre la

imprescriptibilidad y la perseguibilidad *erga omnes* de ciertos delitos, cuya concreción se realizará en la Propuesta de Texto Articulado.

2. Infracciones penales y administrativas sujetas a la amnistía.

Buen número de los procesados lo están por las protestas que surgieron al conocerse la STS 459/2019, de 14 de octubre. En ella se consideró probado que en las concentraciones del 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017, celebradas en Barcelona, hubo una violencia física o compulsiva generalizada, lo que dio pie a calificar los hechos como sedición -delito hoy derogado. Sin embargo, si por algo se caracterizaron esas concentraciones fue por su carácter pacífico. Que la violencia fue residual lo acredita, además, el escaso número de detenciones practicadas por los delitos que -según el Tribunal Supremo- se cometieron: atentados, resistencia, desobediencia, falta de respeto y consideración debida a la autoridad en el ejercicio de sus funciones (art. 556), y las mínimas identificaciones realizadas por infracciones administrativas (sobre todo, falta de consideración a la autoridad prevista en el art. 37.4 LOPSC).

En efecto, pese a que tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular ejercida por el partido ultraderechista Vox consideraron que los hechos eran tipificables como rebelión -más grave y, por ello, menos susceptible de adoptar medidas de libertad provisional durante la instrucción-, el Tribunal Supremo no consideró que se dieran todos los elementos de este delito. ya que interpretó que la violencia no tuvo el potencial necesario para lograr que el Estado claudicase y lograr así ese fin último de la independencia de Cataluña. Entendió que el plan diseñado no pasaba por la secesión unilateral y que su verdadera finalidad era lograr pactar con el Gobierno español un futuro sufragio con todas las garantías⁴⁹. Descartado el delito de rebelión, el Tribunal se centró en la existencia del delito de sedición. La cuestión es que el delito de sedición del artículo 544 del Código penal exigía un alzamiento público y tumultuario para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales la aplicación de las Leyes o de cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos o de las resoluciones administrativas o judiciales.

⁴⁹ Tesis ratificada en el voto particular emitido por Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer a STC 122/2021. Apartado. 13. i), ii). Según estos magistrados, el objetivo de Jordi Cuixart “no era propiciar un levantamiento social que posibilitara la declaración de independencia de Cataluña, fuera de los cauces y procedimientos constitucionales, sino presionar al Gobierno de la Nación para la negociación de una consulta popular”.

La tesis de las defensas respecto a la calificación jurídica de esos hechos es que los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 no se impidió el cumplimiento de la ley ni el ejercicio de las funciones de los funcionarios. Como reconoce la propia STS 459/2019, ni se imposibilitó a los agentes de la Guardia civil que introdujeran a los detenidos en los altercados, ni se les bloqueó el acceso a sus vehículos. De otra parte, a la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona no se le negó la salida de la Consejería de Economía -sometido a su registro-, sino que se le ofrecieron diversas alternativas para que pudiera abandonar el lugar con seguridad, ofertas que declinó aceptando únicamente ser infiltrada entre los espectadores que abandonaban el teatro del inmueble colindante. En definitiva, que no se facilitara la labor policial no significa que se le impidiera cumplir la ley o el ejercicio de sus funciones: obstaculizar no significa impedir, por lo que no se daban -según las tesis de las defensas- los elementos típicos del delito de sedición. En su opinión, el ejercicio del derecho a una concentración multitudinaria y pacífica en ningún momento paralizó el cumplimiento de la ley o impidió el ejercicio de las funciones judiciales.

Las protestas ciudadanas contra esa Sentencia, traducidas en manifestaciones y concentraciones, algunas de las cuales desembocaron en desórdenes públicos, generaron a su vez una amplia proliferación de causas penales o expedientes sancionadores de la LO 4/2015; concretamente, entre la fecha de emisión de aquella -14 de octubre de 2019- y la concentración masiva en el Camp Nou -18 de diciembre de 2019- fueron imputadas penalmente más de 700 personas. Los cortes de carretera, por su parte, dieron lugar a más de 250 causas. 50 cargos de la Generalitat siguen sometidos todavía a procedimientos penales en el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona por su implicación en el “referéndum” del 1 de octubre, mientras que más de 700 alcaldes fueron investigados por apoyarlo. A día de hoy, se mantienen en pie varios procedimientos penales por distintos delitos contra el orden público (CDR), por apoyo económico al Procés (Operación Volhov) o la imputación a Tsunami Democratic por la organización de las protestas callejeras, asunto que se encuentra sub iudice en la Audiencia Nacional y en plena prórroga de instrucción hasta principios de 2024. También se encuentra pendiente en el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Barcelona la causa contra 10 dirigentes políticos por la acción exterior que se llevó a cabo durante el Procés, acusados de delitos de malversación. Por lo demás, tras la suspensión de la autonomía catalana, a consecuencia de la aplicación del art. 155 CE (entre el 27 de octubre de 2017 y el 29 de mayo de 2018), el Tribunal de Cuentas investiga a 54 personas por su participación en la organización del “referéndum”, mientras

que hay abiertos unos 600 procedimientos contencioso-administrativos contra Ayuntamientos por su vinculación con la Asociación de Municipios por la Independencia (AMI) o por otros hechos de nula relevancia, como no izar la bandera española o elaborar mociones contra la Monarquía. A todo ello, habría que sumar más de 850 denuncias de infracciones administrativas de la Ley de Seguridad Ciudadana.

Tras esta resumida exposición del amplísimo repertorio de consecuencias penales y sancionadoras derivadas de las protestas que generó la STS 459/2019 y la aplicación del art. 155 CE, consideramos que deberían ser objeto de la Ley de amnistía dentro del periodo temporal fijado, *todas aquellas acciones y omisiones ejecutadas por ciudadanos reivindicativas de la autodeterminación de Catalunya, susceptibles de ser calificadas como:*

- a) Delitos comprendidos en los títulos XIX (Delitos contra la Administración pública), XX (Delitos contra la Administración de Justicia), XXI (Delitos contra la Constitución) y XXII (Delitos contra el orden público) del Código penal.
- b) Delitos de lesiones, amenazas, coacciones, descubrimiento y revelación de secretos, allanamiento de domicilio de personas jurídicas, daños, falsedades documentales y usurpación de funciones públicas.
- c) Infracciones de los artículos 35, 36 y 37 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, o de los artículos 23 y 26 de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

También serán amnistiadas las actuaciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encaminadas a impedir la celebración del proceso participativo y el referéndum mencionados en el apartado primero del artículo anterior o el desarrollo de actos en defensa de dicho referéndum o realizados como protesta contra las decisiones gubernamentales o judiciales encaminadas a impedir su celebración o a perseguir penal o administrativamente a sus responsables, susceptibles de ser calificadas como delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Capítulo V del Título XXI del Código Penal) y como delitos de lesiones de los artículos 147 y 148 del Código penal, cuando hayan sido causadas por un uso desproporcionado de la fuerza. Quedan en todo caso fuera del ámbito de aplicación de la amnistía las actuaciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado susceptibles de ser calificadas como delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral o de delito de detenciones ilegales de autoridad o funcionario público sin mediar causa por delito del artículo 167 del Código penal.

En directa relación con el ámbito de aplicación de la amnistía relativa a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad conviene recordar que hubo actuaciones policiales vinculadas al impedimento de la celebración del referéndum que ocasionaron unas 1.000 víctimas de diversa gravedad entre el 1 y el 4 de octubre de 2017. Destaca, en ese sentido, lo ocurrido en 27 escuelas, donde la actuación policial dio lugar a 47 procedimientos penales, uno de los cuales por lesiones graves (pérdida de un ojo), mantiene imputados a 5 policías. Por otra parte, 438 personas resultaron lesionadas en los actos de protesta contra la STS 459/2019 y 117 resultaron heridas en manifestaciones durante la aplicación del art. 155 CE, una de las cuales perdió un testículo.

Como hemos sostenido en la primera parte de este Dictamen, cualquier Ley de amnistía debe atender a una serie de limitaciones materiales establecidas en los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por España, lo que implica que que, de entrada, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley las actuaciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado susceptibles de ser calificadas como delitos de tortura y otros delitos contra la integridad moral (Título VII del Libro II del Código penal). En efecto, de los artículos 3 y 15.2 del *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, del artículo 4 de la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* y del artículo 3 de la *Declaración contra la tortura* de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se desprende un absoluto rechazo a cualquier clase de justificación o exculpación de las acciones prohibidas por el artículo 3 del Convenio (“*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”). Al tratarse de una prohibición absoluta con efectos *erga omnes*, estamos ante un delito imprescriptible que no es amnistiable.

No cabe olvidar que el TEDH defiende reiteradamente que el artículo 3 CEDH es uno de los preceptos esenciales del Convenio, al consagrar los valores fundamentales en los que deben fundarse las sociedades democráticas (*Pretty contra el Reino Unido*, 29 de abril de 2002, nº. 2346/02, § 49, TEDH 2002-III, e *Ilias y Ahmed c. Hungría* [GC], 21 de noviembre de 2019, § 124; *Zlii c. Serbia* de 26 de enero de 2021). Al tratarse de un derecho absoluto no cabe ningún tipo de restricción, “ni siquiera en los casos de que exista un peligro público que suponga la amenaza para la supervivencia de la nación” (TEDH 28 de septiembre 2010, *Isasa c. España*; *Selmouni c. Francia* [GC], § 95; *Assenov y otros c. Bulgaria*, § 93; *Chahal c. Reino Unido*, 15 de noviembre de 1996, § 79; *Gladovic c. Croacia*, 10 de mayo 2011; *Soering*, § 88;; *Labita c. Italia* [GC], nº. 26772/95, § 119; *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, § 424; *Shamayev y otros c. Georgia y*

Rusia, § 375; *El-Masri c. Macedonia*, § 195; *Al-Adsani c. Reino Unido* [GC], §§ 26-31; *El Nashiri c. Rumanía*).

En segundo lugar, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley las detenciones ilegales recogidas en el artículo 167 del Código penal, comportamiento que abarca los supuestos de detención en los que el funcionario conoce desde el inicio de la actuación que no hay base legal en la que cimentar la privación de libertad (STS 279/2017 de 19 abril). Esto es, cuando el funcionario público o autoridad no actúa en el ejercicio de sus funciones, así como cuando la privación de libertad no se produce dentro de los supuestos legales sino que persigue satisfacer un interés privado, sirviéndose del cargo para facilitar la comisión del delito. Son los supuestos, entre otros, en los que el funcionario público realiza la detención alegando desobediencia, resistencia o atentado del ciudadano y es consciente de la ausencia de indicios objetivos de criminalidad.

Comportamiento distinto es el previsto en el art. 530 CP que sí consideramos que puede ser amnistiado, ya que se trata de una detención ajustada a derecho que, posteriormente, deviene ilícita ya que la comisión delictiva reside en la posterior infracción de las garantías constitucionales, esto es, cuando existe una causa legal que posibilita la detención, pero no se respeta alguno de los derechos constitucionales o procesales del detenido. Admitiendo este criterio diferenciador entre los tipos penales de los arts. 167, 530 y 537, los Tribunales han defendido que “la detención ilegal por falta de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal del artículo 167, referido así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del artículo 530 exige que medie causa por delito, estando su ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal” (STS 1261/2003, de 29 septiembre. En sentido similar se expresan: Auto AP Sevilla 367/2004, de 17 septiembre, SAP Barcelona 876/2006 de 24 octubre; STS 1352/2004, de 22 noviembre; SAP Barcelona de 20 marzo 2001).