Nº 108-109 ■ Diciembre 2023-Enero 2024

Director
Santiago Muñoz Machado

LA CONSTITUCIÓN DE 1978 CUMPLE 45 AÑOS

MANUEL ARAGÓN REYES
LUIS ARROYO ZAPATERO
JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT
ROBERTO L. BLANCO VALDÉS
LUCAS BLANQUE REY
GREGORIO CÁMARA VILLAR
ANA CARMONA CONTRERAS
MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
PEDRO CRUZ VILLALÓN
FRANCESC DE CARRERAS
JORGE DE ESTEBAN
LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO
TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ
RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE
JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ
EUGENI GAY MONTALVO
JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS
LUIS LÓPEZ GUERRA
PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
ARACELI MANGAS MARTÍN
LUIS MARTÍN REBOLLO
SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY
ANDRÉS OLLERO TASSARA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
BENIGNO PENDÁS
TOMÁS QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
RICARDO RIVERO ORTEGA
ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS
LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS
BEATRIZ RODRÍGUEZ VILLAR
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA
JAVIER TAJADURA TEJADA
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

A LA VENTA

LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS

DIRIGIDA POR MIGUEL ARTOLA

Nunca se había hecho en España un esfuerzo editorial tan esencial para el estudio de nuestras Constituciones históricas, como el que representa la obra que dirige para Iustel el profesor Miguel Artola. Se distingue por su presentación en volúmenes independientes, preparados por especialistas que han tratado anteriormente del tema, que han realizado un estudio y han reunido los textos y documentos relativos a la gestación y publicación de cada una de las Constituciones. La obra se compone de nueve volúmenes, de los que uno recoge los dos proyectos de 1856 y 1873, que no llegaron a publicarse.

El contenido de cada volumen responde a una idea común: ofrecer una imagen del momento, describir el proceso constituyente, distinto en cada uno de los casos, con objeto de ofrecer la imagen de un proceso que influye sobre la opinión acerca de su representatividad. La convocatoria de elecciones, el valor de los diputados, el examen de los procesos internos y de los debates en la prensa y en la Cámara es la materia común de todos los estudios. Un breve comentario conduce a la identificación del sistema político dentro de una secuencia establecida de modelos constitucionales y caracteriza la forma del Estado, los dos elementos esenciales de toda Constitución.

En último término, cada volumen incluye una selección de textos, que contiene las leyes, el programa que candidatos y partidos ofrecieron a los electores, la posición de los principales periódicos, el trabajo de la Comisión constitucional y el debate parlamentario, la votación parcial y final del texto.

I. LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA (1808)
IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA
432 PÁGINAS. 49,00 EUROS (CON IVA)

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1812
MIGUEL ARTOLA
RAFAEL FLAQUER MONTEQUI
456 PÁGINAS. 54,00 EUROS (CON IVA)

III. EL ESTATUTO REAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1837
JUAN PRO RUIZ
472 PÁGINAS. 54,50 EUROS (CON IVA)

IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1845
JUAN IGNACIO MARCUELLO BENEDICTO
464 PÁGINAS. 54,00 EUROS (CON IVA)

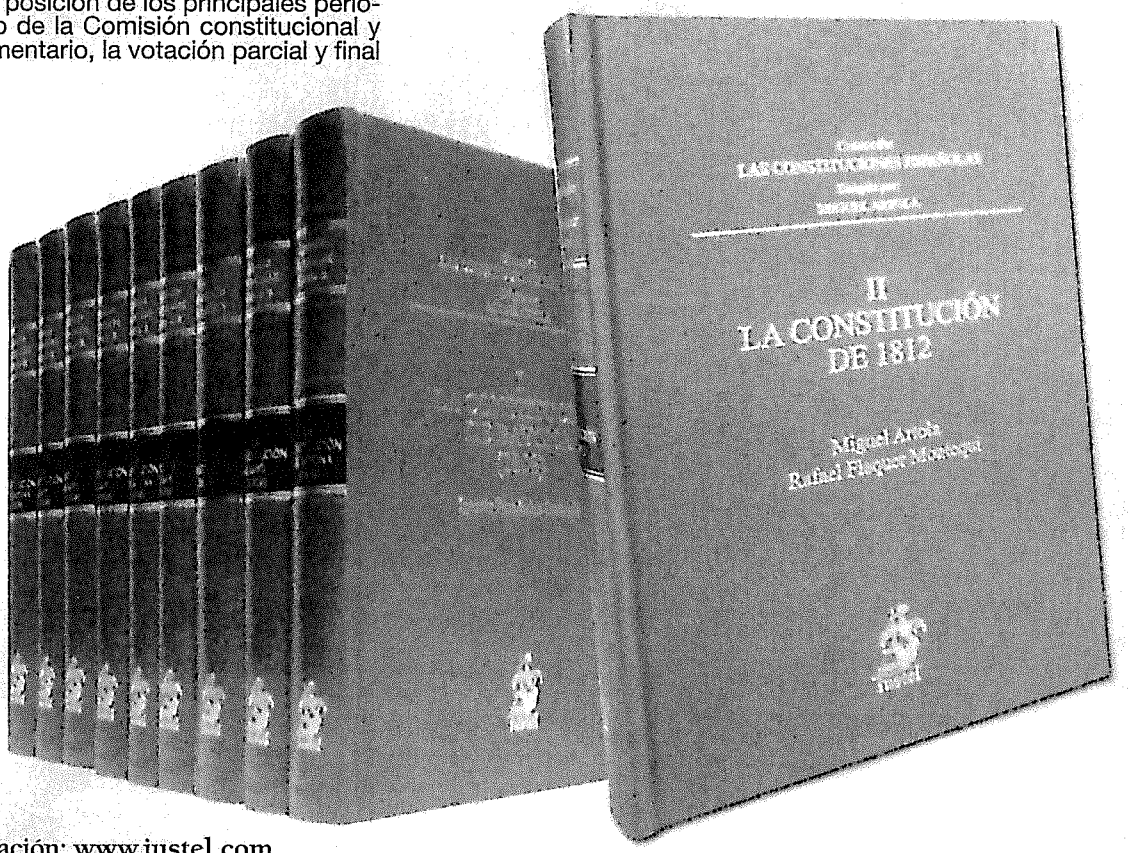
V. LA CONSTITUCIÓN DE 1869
MANUEL PÉREZ LEDESMA
504 PÁGINAS. 55,50 EUROS (CON IVA)

VI. LAS CONSTITUCIONES NO PROMULGADAS DE 1856 Y 1873
ISABEL CASANOVA AGUILAR
496 PÁGINAS. 55,00 EUROS (CON IVA)

VII. LA CONSTITUCIÓN DE 1876
JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA
464 PÁGINAS. 54,00 EUROS (CON IVA)

VIII. LA CONSTITUCIÓN DE 1931
SANTOS JULIÁ
520 PÁGINAS. 56,00 EUROS (CON IVA)

IX. LA CONSTITUCIÓN DE 1978
LUIS M.ª DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ
ASCENSIÓN ELVIRA PERALES
464 PÁGINAS. 54,00 EUROS (CON IVA)



iustel

Para más información: www.iustel.com

El indulto y la amnistía en la Constitución

Luís Rodríguez Ramos
Catedrático de Derecho penal y Abogado

I. PLANTEAMIENTO

Invitado a celebrar el cuadragésimo quinto aniversario de nuestra Constitución, que ha sido el marco de unos años de progreso social y económico, y de pacífica convivencia política, que comenzaron a enturbiarse con la irrupción del populismos polimorfo de los primeros lustros del presente siglo, desenterrando etapas históricas que parecían neutralizadas durante la ejemplar transición a la democracia, este artículo pretende resumir los requisitos constitucionales del ejercicio de las dos modalidades de clemencia de triste actualidad, deseando que los políticos españoles regresen a la racionalidad del Clasicismo, del Renacimiento y de la Ilustración, superando la irracional posmodernidad, defendiendo el bien común y sembrando paz y solidaridad.

El artículo 62-i de la Constitución –CE– admite el indulto particular concedido conforme a la ley[1], como una modalidad del derecho o prerrogativa de gracia[2], al tiempo que veta los indultos generales siguiendo la tradición de la Constitución de 1931 (art. 102); y el apartado 3 del artículo 102, prohíbe ejercer "la prerrogativa real de gracia"[3] a favor de los miembros del Gobierno condenados por delito de "traición o de cualquier otro delito contra la seguridad del Estado"[4].

La Constitución ni prohíbe ni autoriza expresamente la segunda y tradicional modalidad de clemencia, la amnistía, omisión que ha sido interpretada por algunos como prohibición pero, no estando expresamente prohibida, el texto constitucional habla en la dos citadas ocasiones del "derecho" o "prerrogativa de gracia", cuando se podía haber sustituido el término "gracia" por el de "indulto" si se hubiera querido excluir tácitamente la amnistía, instrumento muy excepcional con el que el poder legislativo debe contar en supuestos de "estado de necesidad" real, como se argumenta *ut infra* en el correspondiente epígrafe.

La amnistía y el indulto son sin duda cuerpos extraños, extravagantes o aporéticos[5] en una Constitución que consagra la

[1] Desde la Constitución de 1812 (art. 171-13.ª) la sujeción a la ley del indulto real ha sido una constante en las sucesivas constituciones monárquicas, marcando la diferencia con la arbitrariedad del monarca absoluto. Sobre la evolución histórica de la prerrogativa de gracia en las constituciones españolas, puede verse Rosario García Mahamut, *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, 2004, pp. 36-53.

[2] Con los sustantivos "derecho" y "prerrogativa" de gracia se refiere la CE a esta institución –arts. 62-i y 102.3– pero algunos autores (p. ej., Renaud Bourget, *La clemencia en la ciencia jurídica: ensayo de dogmática jurídico-comparada. Sobre la amnistía y el indulto*, Temis, 2018, pp. 1 a 7) optan por el término "clemencia", pues el vocablo "gracia" –*grâce, grazia, gratiere, graça*– en Francia y Bélgica, Italia, Rumanía y Portugal y Brasil, respectivamente, es el nombre que se asigna a nuestro indulto. En Alemania, *Begnadigunrcht* (de *begnadigen*, perdonar) sería el género (aun cuando también se utilizan en la doctrina los términos *Gnade, Gnadenerweisen, Gnadenrecht*, equivalentes a clemencia, medida de clemencia y derecho de clemencia), y las especies *Begnadigung* y *Amnistie*; en el derecho anglosajón llaman a cada modalidad *pardon* y *general pardon* respectivamente. En este artículo se utilizan indistintamente como sinónimos derecho o prerrogativa de gracia, de clemencia y de perdón, y los términos indulto y amnistía como cada una de modalidades de su ejercicio.

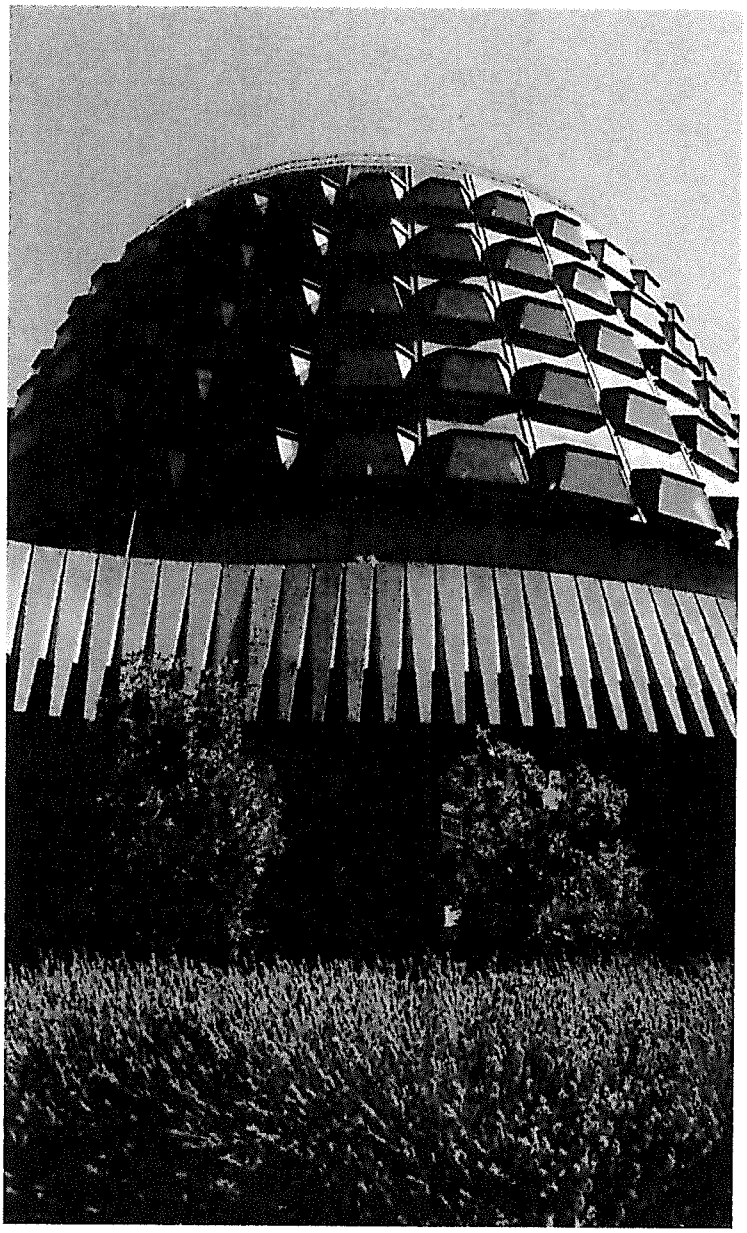
[3] No dice "prerrogativa de indultar", sino "de gracia", lo que invita a pensar (*ut infra* se argumenta en este sentido) que también se prohíbe la amnistía.

[4] En el vigente Código penal ya no existen los Títulos I y II en su Libro II conteniendo los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, presentes en los anteriores códigos penales. Los delitos equivalentes están en los Títulos XXI "Delitos contra la Constitución", XXII "Delitos contra el orden público" y XXIII "Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional". El de piratería, ausente del Código penal de 1995 en su promulgación, se reintrodujo en la reforma de la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio (arts. 616 ter y quater), como Capítulo V del Título XXIV "Delitos contra la Comunidad Internacional", como consecuencia de las actividades de tal naturaleza en el océano Indico, reprimida por buques de la Unión Europea con participación española.

[5] Luís Rodríguez Ramos/Pere Simón Castellano, "La aporética constitucionalidad del indulto", *Teoría y práctica constitucional*, n.º 49/50, 2022, emplean el término "aporético" en el sentido de asistemático o extravagante en el sistema. También han sido calificados o descalificados el indulto y la amnis-

división de poderes, pues es indudable que se trata de la invasión de exclusivas competencias del poder judicial por parte del poder legislativo o del poder ejecutivo, según se trate de una u otra institución. La amnistía, al ser ejercida por los representantes del pueblo que asumen el poder legislativo, podría considerarse que cumple un papel constitucional compatible con el Estado de Derecho, en situaciones políticas muy extremas y excepcionales, como un mal menor en evitación o reparación de otro mayor inaplazable y sin otra alternativa, derogando con efecto retroactivo una ley penal, "borrando" en consecuencia el o los delitos cometidos por un colectivo "privilegiado", pero manteniendo su vigencia presente, pasada y futura para el resto de los ciudadanos, es decir, sin derogar los preceptos penales aplicados para exigir hasta entonces la responsabilidad penal de los amnistiados[6]. El indulto, en cambio, basado en razones de justicia o equidad (no tiene sentido, como luego se argumenta, fundarlo en motivos de "utilidad social") y que sólo perdona la pena sin bañar en el río Leteo el delito cometido por una persona individual, carece de función *constitucional* como institución, más allá de la justificación transicional de remediar injusticias o inequidades en sentencias firmes que no tengan solución en el vigente e incompleto sistema jurídico penal o penitenciario[7], es decir, que la legislación no se les otorga la tutela judicial efectiva que tienen que solicitar al Gobierno. El indulto puede considerarse una modalidad constitucional de gracia *ad extincionen cum incertus cuando*, mientras que la amnistía puede tener en circunstancias excepcionales una función constitucional como mal menor, lesionando la Constitución para paradógicamente salvarla a ella y/o al país.

Las dos modalidades de clemencia quebrantan la división de poderes, al suponer una violación del monopolio jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), si bien deben procurar en todo caso que esta inconstitucionalidad constitucionalizada no afecte o lo haga del modo más leve posible a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.1 y 3 CE) y de la desigualdad ante la ley (art. 14 CE), interdicciones que forman un trinomio con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) a la que tienen "real y efectivo" derecho los ciudadanos ante los poderes públicos. Esta excepcionalidad exige que la posible aplicación de ambas medidas y su extensión material y personal, se interpreten restrictivamente resolviendo las dudas en favor de la regla general: que Gobierno, Cortes y Poder judicial no crucen sus fronteras[8].



Tribunal Constitucional.

II. EL INDULTO

1. Naturaleza compleja del indulto

El indulto es un acto judicial dictado por el poder ejecutivo, inconstitucionalidad resuelta por la propia Constitución, que excepcionalmente contradice el régimen jurídico para solucionar estos conflictos[9]. Pero con esta original naturaleza coexisten otras dos: la administrativa y la penal sustantiva. Se trata en primer lugar de una resolución o acto administrativo de contenido jurisdiccional que, aunque sólo formalmente lo sea por razón de la materia, está sometido por tanto a la Constitución, a la legalidad y al Derecho (arts. 103.1 CE y 3.1 L 40/2015 de 1 de octubre de Régimen jurídico del sector pú-

tía como "vestigios de regímenes políticos desaparecidos", "anomalías jurídicas" o, incluso, "nociones desprovistas de lógica jurídica" (Renaud BOURGET, ob. cit. p. 6).

[6] *Ut infra*, al definir la amnistía, se admite también la versión que deroga una ley para todos los ciudadanos, borrando los delitos con efectos retroactivos y obviamente ultractivos, pero en la actual tesitura de traotación de la ley orgánica de amnistía, que han propuesto los grupos parlamentarios en el Gobierno y alineados con él, esa modalidad de amnistía no es la que amenaza la Constitución, en los términos que figuran en el último epígrafe de este trabajo.

[7] Eva CARRACEDO CARRASCO, *Pena e indulto: una aproximación holística*, Aranzadi, 2018, pp. 242-344.

[8] *Exceptio est strictissimae interpretationis*. La interpretación de la procedencia y extensión de la amnistía u el indulto, teniendo en cuenta su naturaleza excepcional y el quebranto que supone de la división de poderes del Estado, deben interpretarse de modo estricto y, en la duda, a favor de su improcedencia.

[9] La Ley orgánica del Poder judicial, en sus artículos 38 a 41, que de no estar constitucionalizado a favor del Gobierno, la resolución del mismo no admitiría dudas a la hora de otorgar su competencia al Poder judicial.

blico), pero una resolución administrativa con una serie de características que la convierten en peculiar, primero porque en el expediente deben figurar una serie de informes no vinculantes pero sí relevantes, y en segundo lugar, porque en definitiva, como afirma Enrique Linde Paniagua[10], es un "acto de administración de justicia", pues la materia no es administrativa sino claramente judicial, naturaleza que, en los supuestos de concesión, puede revertirse la forma del mismo carácter recurriendo a la Sala 3.ª del Tribunal supremo, aun cuando *de lege data* sólo se controle su procedencia en sus aspectos formales o procedimentales[11]. La vieja distinción entre acto administrativo y acto político, eximiendo al segundo de la prohibición de arbitrariedad, ha periclitado al existir un control jurisdiccional sobre los actos de gobierno cualquiera que sea "la naturaleza de dichos actos" (Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)[12].

2. Inconstitucionalidad de la vetusta ley reguladora

La Ley reguladora de la gracia de indulto, con escasas modificaciones[13], se promulgó 18 de junio de 1870 tras la Gloriosa de 1868 que generó la "Primera revolución de la Justicia" española en palabras del añorado Alejandro Nieto, que reclamaba una inaplazable Segunda revolución[14]. Este texto legal no se ajusta a las exigencias de la vigente Constitución ni a la actual reconfiguración dogmática del indulto, al permitir tanto la arbitrariedad del Gobierno cuanto la patente desigualdad de ciudadanos ante la ley, cuando se concede a unos y se deniega a otros en igualdad de circunstancias, sin tener oportunidad de reclamar ante la jurisdicción.

Comenzando por esta reconfiguración doctrinal, entre los autores partidarios de su abolición o reducción a la solicitada por los propios jueces al Gobierno (esta era la opinión de Jiménez de Asúa, lo que explica la formulación del indulto en la Constitución de 1931[15]), y los continuistas, tercia otra postura más razonable: que se mantenga el indulto para solucionar los problemas de inequidad o injusticia que no tengan remedio en los mecanismos sustantivos procesales y penitenciarios vigentes, regulado con una ley "transicional" en tanto tales mecanismos alcancen la perfección.

3. Requisitos constitucionales de la futura ley

Las exigencias constitucionales se centran, como se ha anunciado, en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la desigualdad de los ciudadanos ante la ley, y suponen, en primer lugar, acentuar el carácter individual de los motivos justificantes del indulto, reduciéndolos a remediar injusticias e inequidades carentes de solución en el ámbito jurisdiccional o penitenciario. Por ejemplo, revisar las sentencias firmes y en ejecución que, por haber cambiado el criterio jurisprudencial de la Sala segunda del Tribunal Supremo, resulten los condenados agraviados cuando conforme a la nueva doctrina hubieran resultado absueltos o padecido penas más leves[16]. En este ejemplo la ley transicional operaría hasta que el legislador adicionara al artículo 2 del Código penal un apartado 3 diciendo: "El mismo efecto retroactivo se aplicará a los cambios jurisprudenciales del Tribunal Supremo que resulten más favorables, revisando las sentencias en ejecución"[17].

La individualización de los motivos del indulto exige que se descarte la "utilidad pública" que la vigente ley incluye en su artículo 11 como posible fundamento del indulto total, al tiempo que se extienden a todos los indultos –totales o parciales– los exclusivos supuestos de justicia o equidad. La utilidad pública quedaría reservada a la posible amnistía, otorgada por el poder legislativo en situaciones extremas, al carecer de incidencia en las finalidades de la pena que tienen una naturaleza individual en su graduación, presidida por la reinserción social (art. 25.2 CE).

La reconfiguración del indulto, además de eliminar la arbitrariedad exigiendo la motivación que justifique su carácter re-

---

[10] "El indulto como acto administrativo de justicia y su judicialización", *Teoría y práctica constitucional*, UNED, n.º 5, 2000, pp. 161-163.

[11] La STS, Sala 3.ª (Pleno) de 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 8339), con seis votos particulares, rompió la inercia de no exigir una motivación en los indultos, más allá del cumplimiento de las normas de procedimiento, considerando que debía constar la relativa a la constatación de que los requisitos legales de justicia, equidad o utilidad pública se cumplían conforme a los datos fácticos que figuraban en el expediente, para eliminar todo atisbo de arbitrariedad. Tal doctrina se ha confirmado con la STS de 20 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1080), Sobre esta materia puede verse Eva Carracedo Carrasco, ob. cit., pp. 446 a 476, que también aborda la temática del control jurisdiccional de la denegación de los indultos (pp. 469 a 473), con referencias a SSTC alemán, que diferencia entre los recursos relativos a denegaciones de indulto (que no requieren especial motivación), y los de concesión que sí la requieren.

[12] Eva Carracedo Carrasco, ob. cit., p. 462, que en las siguientes trata lo relativo a la necesaria motivación de los indultos. Enrique Fliquete Lliso, *Derecho de gracia y constitución. El indulto en el estado de derecho*, Aranzadi, 2021 (pp. 265-277) analiza la naturaleza jurídica del indulto, primero como acto político o acto administrativo discrecional, optando por el *tertium genus* del "acto graciable" como lo ha reconocido el TS, de contenido libérrimo por parte del gobierno, pero controlable por la Sala 3.ª del TS (pp. 250-262), que tiene uno requisitos de tramitación y requiere motivación.

[13] Real Decreto-Ley 1526/1927 de 6 de septiembre, Ley 1/1988 de 14 de enero y Disposición final 1.ª de la Ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

[14] Alejandro Nieto García, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 161 y ss.

[15] El artículo 102 de la Constitución republicana disponía: "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 República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable". Jiménez de Asúa fue el Presidente de la Comisión encargada de elaborar el proyecto de la que fue Constitución de 1931, y fiel a su postura doctrinal fraguó esta fórmula extraña para la concesión de los indultos, al ser sólo partidario de los que fueran propuestos por los propios tribunales, como los que prevé el artículo 4 del vigente Código penal.

[16] No tienen el carácter de nueva ley penal los cambios de rumbo jurisprudenciales que resulten más beneficiosos para los reos que estuvieran ya cumpliendo condena por análogos hechos (Sentencias del TS561/2000 de 5 de abril [La Ley 6615/2000]; 1053/2000, de 16 de junio [La Ley 10092/2000]; 1254/2000 de 6 de julio [La Ley 11138/2000]; 1563/2000 de 16 de octubre [La Ley 827/2001] y 611/2011 de 9 de junio y Autos de 25 de octubre y 30 de diciembre de 1999, 5 de abril, 16 de junio y 16 de octubre de 2000), sin perjuicio de que los cambios jurisprudenciales no motivados puedan atentar contra el derecho a la igualdad ante la ley –art. 14 CE–, al ser irreflexivos o arbitrarios (SSTC 69/2001 de 17 de marzo [La Ley 3270/2001]; 258/2007 [La Ley 202068/2007] y 57/2010 [La Ley 165623/2010] entre otras).

[17] Como digresión es oportuno decir que tal propuesta *de lege ferenda* tiene sentido, si se considera que el artículo 1.6 del Código civil declara: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho". Si la jurisprudencia es un complemento, es según la RAE una "cosa que se añade a otra para hacerla mejor, más completa, efectiva y perfecta", es decir, que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico y, en este caso, de la ley penal, por lo que tiene sentido otorgar efecto retroactivo a una nueva doctrina jurisprudencial más favorable.

parador de una injusticia o iniquidad, requiere una ampliación del control jurisdiccional a través de la Sala tercera del Tribunal Supremo para garantizar la existencia de tal justificación y la eliminación de la desigualdad ante le ley. En primer lugar, admitiendo que dicho control no se reduzca a los aspectos formales de existencia de motivación y seguimiento de los trámites procesales en su concesión, ampliándolo a la verificación del motivo aducido; y en segundo término, incluyendo como resoluciones recurribles las que denieguen el indulto, para garantizar la igualdad de los ciudadanos que han visto denegada su solicitud, encontrándose en las mismas circunstancias que otro que haya sido indultado. De esta manera, el indulto vuelve al ámbito competencial de la jurisdicción, del que en el futuro no tendrá que salir cuando termine su recorrido la nueva ley transicional.

Desde la Interdicción de la arbitrariedad y de la desigualdad ante la ley, íntimamente vinculadas entre sí y con la seguridad jurídica proclamada por el artículo 9.2 de la Constitución, esta reconfiguración constitucional del indulto lo convierte en un derecho más del ciudadano[18], justificando la invasión del poder ejecutivo en el judicial y confiando en que en el futuro pueda extinguirse esta reminiscencia de la monarquía absoluta, al encontrar un remedio en el sistema penal y penitenciario toda injusticia e inequidad de una sentencia firme.

Y, en fin, para que nadie pueda dudar al respecto, mencionar que no puede tener cabida el llamado "indulto anticipado" en la futura ley transicional del indulto, por ser una figura oximorónica al perdonar una pena que aún no se ha impuesto. Tampoco, claro está, es viable el indulto general, que sí se admite en otras constituciones como la portuguesa[19], figura que fue aplicada en tal concepto con motivo de la visita del Papa a Portugal por la Asamblea, y que sin embargo citaba la exposición de motivos de la recientemente presentada propuesta de ley de amnistía, como un ejemplo reciente de amnistía concedida en un país europeo.

III. LA AMNISTÍA

1. Concepto y constitucionalidad

Enrique Linde Paniagua, resumiendo las definiciones de Francisco Silvela y Pedro Dorado Montero[20], declara que la amnistía es un acto legislativo de carácter excepcional, que deroga retroactivamente una ley penal, con una amplitud que oscila desde su abrogación y de sus efectos acaecidos hasta entonces[21], hasta su limitación a determinados hechos y personas, manteniendo la vigencia y efectos para los restantes, borrando jurídicamente –olvidando– tanto la causa –el delito– como la consecuencia –la pena–, para resolver conflictos socio-políticos del pasado en aras de una nueva etapa histórica.

Aunque se ha puesto en duda la constitucionalidad de la amnistía, partiendo de su ausencia explícita que no tácita (artículo 83-b) del texto constitucional[22], como argumenta el mismo autor[23] sólo las Constituciones históricas de 1869 y 1931 hicieron mención de la amnistía y, obviamente, admitiéndola como instrumento del ejercicio del derecho de gracia, y la omisión en las restantes y en la vigente no significa prohibición sino obviedad de su viabilidad, pues el artículo 9.3 declara la "irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales", lo que supone *a sensu contrario* que no se prohíbe dicha retroactividad cuando sí son favorables, aseveración concordante con los dispuesto en el artículo 25.1 al declarar el derecho fundamental al principio de legalidad penal y al mismo tiempo vetar a la administración civil en su apartado 3 la privación de libertad como sanción, y a su vez el artículo 53.1 exige genéricamente la reserva de ley para las amnistías excluyéndose el decreto-ley (art. 86.1) hasta el punto de vetarse su concesión por un órgano ajeno a las Cortes mediante una ley de bases habilitante (art. 83 b) o por iniciativa legislativa popular (art. 87.3), referencia esta última que sirve además como argumento de la tácita referencia constitucional a la amnistía y de su normalidad, dado que los indultos se conceden mediante reales decretos. Tampoco podrá ser una ley autonómica al ser una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1-6.ª) por tratarse de una noma penal que, además, y dado su carácter afectante de derechos fundamentales (tutela judicial efectiva vinculada al monopolio jurisdiccional –artículos 24 y 117 CE–, libertad –artículo 17– e igualdad –art. 14–), requerirá el rango de ley orgánica[24].

En resumen: la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad penal es constitucional, cuyo otorgamiento es de exclusiva competencia de las Cortes generales, mediante ley

---

[18] Luís Rodríguez Ramos, "El indulto como derecho", *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1121-1133.

[19] La Constitución portuguesa, en su artículo 134-f otorga al Presidente de la República la facultad de "indultar y conmutar penas", y en el 161-f faculta a la Asamblea –parlamento– para "conceder amnistías y perdones generales".

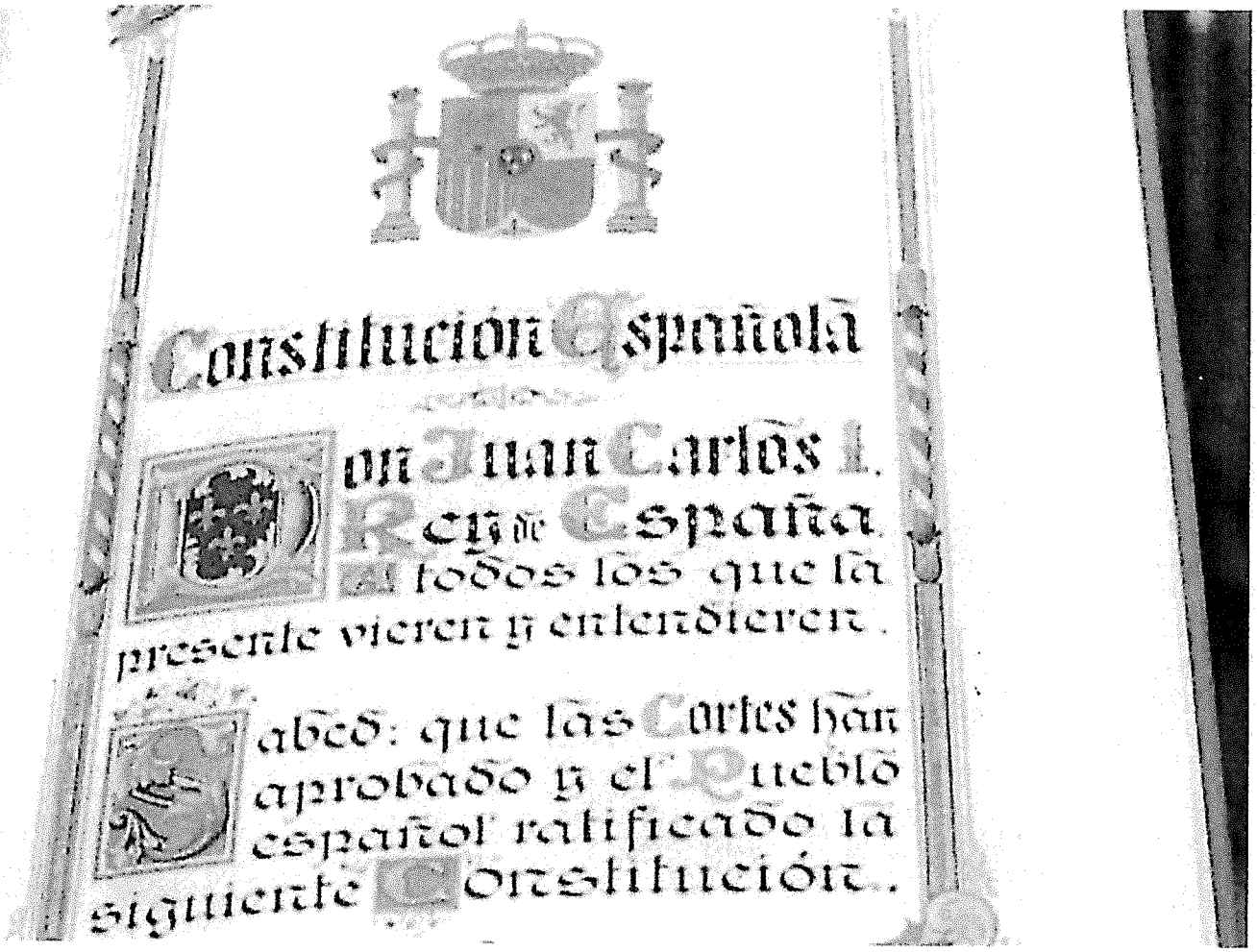
[20] *Amnistía e indulto en España*, Tucar ediciones, 1976, pp. 94-96. También ha vuelto a tratar el tema en La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y constitucional y el código penal de 1995, Boletín del Ministerio de Justicia n.º 1823, 1998, pp. 1415-1421.

[21] Se trataría en su versión más radical de la aplicación, con efecto retroactivo, de la nueva ley más favorable, si bien pudiendo tener efectos más allá de los aplicables a supuestos *sub iudice* o pendientes de ejecución, "olvidando" el carácter delictivo de los hechos e, incluso, incluyendo algún mecanismo resarcitorio. Ver también Renaud Bourget, pp. 76-81.

[22] Carlos Pérez del Valle, "Amnistía, Constitución y justicia material", *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 61, 2001, pp. 189-190, cita estas dudas, considerado su posible ajuste a los parámetros constitucionales. Juan Antonio Lascurain, "¿Qué puede olvidar el legislador democrático? Sobre los límites de la amnistía", *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales*, n.º 5, MCRCP-UCR (<revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>), pp. 227-263, llega a la misma conclusión, con las condiciones que luego se exponen. Mireia Vehí, Ignasi Bernat, Olivier Peter i Benet Salellas [*Amnistia. Propostes per a un debat necessari*, Tigre de paper/Edicións Cultura21, Manresa (Bages) 2021, pp. 91-95] exponen también posturas de la doctrina a favor y en contra de su constitucionalidad. Es una publicación de interés por su vinculación con una pretendida amnistía para los condenados en el "Procés", sobre todo si se considera que los indultos parciales concedidos (RRDD 457 a 464/2021 de 22 de junio, a los 8 condenados) tuvieron más de amnistía que de indultos particulares, pues se trató de un perdón a un colectivo, por razones políticas de partidos y no por motivaciones de justicia, equidad o utilidad social, aun cuando se ocultó en los RRDD la motivación, al hacer una remisión al "expediente". Linde Paniagua, *La clemencia...*, pp. 1413-1415, nota 2, situándola como posición doctrinal minoritaria, careciendo de relevancia su ausencia en el CP de 1995 como causa de extinción de la responsabilidad penal (pp. 1416 y 1417).

[23] También del mismo autor, *Amnistía e insulto en la Constitución...*, pp. 56-61.

[24] Enrique Linde Paniagua, *Amnistía e indulto...*, pp. 120-121.



Constitución española.

orgánica[25], y el propio Tribunal constitucional, al sentar doctrina sobre la amnistía, no ha puesto en duda su constitucionalidad[26].

2. Exigencias constitucionales

Pero la propia Constitución y los convenios internacionales que a ella se incorporan marcan límites al poder legislativo a la hora de conceder amnistías, distanciándose así tal facultad de su originaria vinculación con el poder absoluto del monarca en el *Anciane regime*, además de su excepcionalidad derivada de su carácter constitucionalmente aporético, en cuanto invasión del ámbito propio del poder judicial. El Tribunal Constitucional ha marcado ya algunos requisitos de constitucionalidad de la amnistía, al tiempo que determina su naturaleza y elementos esenciales, al considerarla en la sentencia 63/1983 una "operación jurídica" (tácitamente, no meramente política), fundada en una "idea de justicia", para borrar los efectos de "determinada normativa –en sentido amplio– que se rechaza hoy por contraria a los principios de un nuevo orden político", "operación excepcional", aplicando "retroactivamente una norma penal", con "límites infranqueables" o, como recalca la sentencia 147/1986, cumpliendo con la exigencia de "seguridad jurídica" y respetando "el principio de igualdad" (Sentencia 361/1993).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–, a cuya jurisdicción está sometido el Reino de España, y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–[27], han fijado nuevos límites a las leyes de amnistía que, por mor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, afectan a los derechos fundamentales con ella vinculados y, en consecuencia, deben considerarse con rango constitucional. En definitiva, casi todas estas limitaciones tienen que ver con la necesaria proporcionalidad de las leyes de amnistía y con la efectiva vigencia de los derechos humanos merecedores de especial protección por las normas nacionales e internacionales. Con mayor rotundidad en resoluciones de la CIDH, pero admitiendo en otras del mismo organismo y de otros foros la reducción de tales casos a ser regla general que admite excepciones si se considera cumplida la regla de la proporcionalidad. Se consideran improcedente esta modalidad de clemencia en

[25] Enrique Linde Paniagua, *La clemencia...*, pp. 1419-1421.
[26] Enrique Linde Paniagua, *La clemencia...*, pp. 1417-1419.

[27] Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta jurisprudencia está referenciada en Juan Antonio Lascurain, pp. 248-260; Javier Dondé Matute, "El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra colectiva *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, T. I, Colección Fundación Konrad Adenauer, UAM, 2010 pp. 263-518.

los supuestos de "autoamnistía", de injustificados blindajes frente al legítimo derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y, finalmente, en los casos de conculcación de derechos humanos o de otros delitos en los que exista jurisdicción penal universal mediante convenios internacionales, exigiendo, si existieran, las responsabilidades civiles derivadas de los hechos amnistiados a sus causantes.

Respecto a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos humanos a la amnistía, concluye Javier Chinchon Álvarez[28], tras analizar la jurisprudencia del TEDH, que este tribunal "ha ido desarrollando progresivamente su valoración respecto a las leyes de amnistía hasta llegar a consolidar de manera definitiva lo que ya habían ido estableciendo los restantes órganos e instituciones internacionales. Esto es, en lo que a él compete, ...: que toda medida que al fin y a la postre, pretenda impedir la investigación, juicio y en su caso sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos es incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos".

IV. INDULTOS, DEROGACIONES LEGALES Y PROPUESTA DE AMNISTÍA

1. Los indultos del Procés

Los independentistas catalanes condenados por sedición y otros delitos fueron indultados mediante los Reales decretos 457 a 464/2021 de 22 de junio. La motivación no apareció publicada en el BOE, limitándose a remitirse al "expediente" de cada indulto, pero parece que se habrá justificado en supuestos motivos de "utilidad social", dado que se trata prácticamente de un indulto colectivo, fraccionado en 8 indultos coetáneos, y tal motivación parece que es la única viable escuchando a los indultados. Se trata, más que de indultos, de una cuasi amnistía parcial y encubierta en forma de indulto, dado su carácter colectivo y su utilidad política más que social. Desde luego no se ajustaron al ideal constitucional del indulto, reconfigurado en los términos antes expuestos.

2. La reforma legislativa, otra amnistía parcial encubierta

La reforma del Código penal introducida por la Ley orgánica 14/2022 de 22 de diciembre, a instancia de parte –partidos independentistas catalanes–, derogó el delito de sedición y contrarreformó los de malversación. Al margen de la desviación de poder que supuso, se desaprovechó la ocasión para actualizar, con calma y diálogo, todos los delitos contra la Constitución y el orden público, pues el Código penal de 1995 nació prematuramente y las cuarenta y nueve reformas, contrarreformas y recontrarreformas lo han desquiciado más. Esta reforma ha sido ya una amnistía encubierta, considerando tácitamente que el decimonónico delito de sedición era un delito político.

[28] "Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión en Dujardin y otros contra Francia, a la sentencia de la Gran Sala en Magus contra Coacia: ¿Progresivo desarrollo o desarrollo circular?", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, 2015, pp. 909-947. La conclusión se encuentra en la última página.

3. La autoamnistía monstruosa

La propuesta de amnistía presentada en el Congreso es un monstruo de imposible inserción en el marco constitucional de esta modalidad de clemencia. Primero, por lo que tiene de "autoamnistía" y por ser su auténtica *ratio legis* la permanencia en el Gobierno de su Presidente, una gravísima "desviación de poder" disfrazada de solución del llamado "problema catalán". Después, por el procedimiento exprés elegido para aprobarla, al carecer de urgencia confesable y soslayar así los informes emitidos por las instituciones garantes de su calidad y constitucionalidad, que de ordinario se exigen en la actividad prelegislativa. Y como factor principal, por su antijuridico contenido que trata de justificar su sesgada y anestesiante exposición de motivos, consistentes, primero, en divorciar tácitamente la legitimidad de la legalidad en un Estado democrático de Derecho[29], y después, en fabricar una narrativa alejada de la realidad y de los más elementales principios jurídicos[30]; y en cuanto a las sentencias nacionales e internacionales citadas en el preámbulo, algunas son válidas para justificar que en Europa y en la Constitución española la amnistía cabe como modalidad de gracia o clemencia, pero no justifican que sea viable su aplicación a supuestos como el presente[31]. Además, considerar delito político todo el que tenga tal motivación es una generalización sólo admisible en el ámbito criminológico, pero nunca en el jurídico penal en supuestos como el presente[32].

Desde tan sesgada y tendenciosa exposición de motivos, resulta congruente la monstruosidad del contenido de su articulado: amnistiar todos los mencionados delitos cometidos por el variopinto abanico que compone el independentismo catalán, al que se sumaron profesionales de los desórdenes públicos y del pillaje. Y además, se incluye el perdón de los deberes de reparación, restitución e indemnización por los daños y perjuicios derivados o conexos a esos hechos, incluyendo las deudas al Tesoro público exigidas por el Tribunal de cuentas.

Y el colofón de esta monstruosa amnistía está la puerta abierta al llamado *lawfare*, anunciando una revisión política de esos procesos. ❖

[29] En un Estado social y democrático de Derecho no puede existir legitimidad fuera de la legalidad, porque cualquier norma jurídica que deviniera en "ilegítima" por alguna razón, tiene su derogación o reforma como ineludible alternativa a su incumplimiento.

[30] Considerando que los independentistas representan a toda Cataluña cuando las encuestas demuestran todo lo contrario, y condimentándolo con ejemplos y doctrinas jurisprudenciales no aplicables al caso. Y finalmente, se pretende también justificar la inclusión en la amnistía, como delitos políticos, todos los que hubieran tenido esa motivación, expandiendo la casuística y sus efectos hasta extremos irracionales.

[31] Y como se ha dicho, el citado ejemplo portugués no es válido, al tratarse de un indulto general bajo el nombre de amnistía, cuando sí lo serían la de la Revolución de los claveles o la acordada en Francia tras la independencia de Argelia, supuestos alejados del problema que se alega como motivo encubridor.

[32] Y así lo confirman todos los tratados y convenios internacionales de extradición que incluyen como delitos extraditables, entre otros, los de malversación, desobediencia, daños en bienes públicos y privados, robos con fuerza en comercios, desórdenes públicos, atentados contra la autoridad y sus agentes, blanqueo de capitales y terrorismo, disimulando ahora los autoadmistiantes la inclusión de estos últimos excepcionando las sentencias firmes por actos terroristas acaecidos con ocasión del Procés.