



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DICTAMEN DEL PLENO DEL CONGRESO SOBRE LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA PARA LA NORMALIZACIÓN INSTITUCIONAL, POLÍTICA Y SOCIAL EN CATALUÑA

El presente Informe, a petición del Presidente del Senado, en la reunión de la Mesa de la Cámara de 30 de enero de 2023, analiza la inconstitucionalidad del Dictamen del Pleno del Congreso sobre la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, su tramitación en el Senado y las posibles actuaciones a adoptar por la Cámara en defensa del ejercicio de sus funciones constitucionalmente atribuidas. Este informe es complementario del que se ha elaborado asimismo por esta Secretaría General en relación con el trámite de calificación de la iniciativa y las consecuencias jurídicas de su eventual inadmisión a trámite o suspensión del procedimiento legislativo, también a petición del Presidente en la citada reunión de la Mesa.

PREVIO: PROCEDENCIA DE INFORMAR SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA

Dadas las diferentes posiciones que se han dado en la tramitación en el Congreso de los Diputados sobre si los informes o notas de los letrados deben pronunciarse sobre la constitucionalidad de las iniciativas legislativas que se tramitan en la Cámara, consideramos conveniente referirnos previamente a esta cuestión.

En los precedentes legislativos que se van a remitir al Senado, se reciben los siguientes pronunciamientos jurídicos sobre la norma:

- ⇒ La Nota de la Secretaría General del Congreso de los Diputados relativa a la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, de 20 de noviembre de 2023, vino a decir que *“no existe una contradicción evidente y palmaria con lo dispuesto en el artículo 62 i) de la Constitución”* (Conclusión 4, pág.20). Esta conclusión debe entenderse que es a los solos efectos de que por la Mesa de dicha Cámara se procediera a su admisión a trámite y posterior tramitación legislativa, por no ser, de acuerdo con su argumentación, la inconstitucionalidad “evidente y palmaria”, pero no significa, a nuestro entender, que la Nota excluya que pueda darse tal inconstitucionalidad, pues reconoce que *“Hay otros posibles motivos de inconstitucionalidad identificados por parte de la doctrina”*; únicamente, autolimita su análisis, sin examinar esos motivos de inconstitucionalidad por considerar que ello



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

solo cabe que sea realizado por el Tribunal Constitucional (Conclusión 5, págs. 20 y 21).

⇒ A diferencia de la anterior Nota, en las Observaciones Técnicas de los Letrados de las Cortes Generales adscritos a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, de 10 enero de 2024, sí se realiza este análisis de constitucionalidad de cada una de las partes de la Proposición, desde la Exposición de motivos y artículo por artículo, en los términos que ya son conocidos y que por ello, no se van a reproducir.

Se ha de partir de que los letrados de las Cortes Generales tienen, por el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, la función de *“asesoramiento jurídico y técnico a la Presidencia y a la Mesa de cada Cámara, a las Comisiones y sus órganos, a las Subcomisiones y a las Ponencias”* (artículo 8); juran o prometen acatamiento a la Constitución y obediencia a las leyes (artículo 14 c) y entre sus deberes como funcionarios se encuentra *“guardar acatamiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico”* (artículo 58 a), considerándose falta disciplinaria muy grave el incumplimiento de este deber (artículo 68.4). Por otra parte, el artículo 103 de la Constitución que exige el sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho, resulta también aplicable a la función pública parlamentaria y, por supuesto, el artículo 9.1 de la Constitución, clave de arco de la normatividad constitucional, que también incluye a los letrados de las Cortes Generales: *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*.

En lo que concretamente se refiere al asesoramiento en las Comisiones, en la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 26 de junio de 1989, por la que se aprueban las Normas sobre régimen de asesoramiento a las Comisiones de ambas Cámaras, se establece (Norma Cuarta) que:

“En particular, en apoyo del trabajo de las Comisiones, corresponderán a los Letrados las siguientes tareas:

a) Redactar, con ocasión de cada proposición o proyecto de ley encomendados a su asesoramiento, y antes de la iniciación de la fase de ponencia, un informe con el siguiente contenido:

- Incidencia de la nueva iniciativa legislativa en la normativa vigente en la materia, con indicación de los antecedentes normativos, doctrina jurisprudencial

- Análisis jurídico del contenido del proyecto o proposición, confrontando el texto con el conjunto del ordenamiento y, en particular, con los principios constitucionales y con la doctrina del Tribunal Constitucional.”



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

De todo ello se deduce que la función de asesoramiento de los letrados de las Cortes Generales solo se puede realizar respetando el deber de acatamiento a la Constitución, es decir, se ha de tratar siempre de un asesoramiento basado en la Constitución. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, por todas STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 4: *“recae sobre los titulares de cargos públicos un cualificado deber de acatamiento a dicha norma fundamental, que no se cifra en una necesaria adhesión ideológica a su total contenido, pero sí en el compromiso de realizar sus funciones de acuerdo con ella y en el respeto al resto del ordenamiento jurídico (en tal sentido, entre otras, SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3, y 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 5)”*.

Asimismo, en la Exposición de motivos de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que regula las funciones de asesoramiento y defensa judicial de los Abogados del Estado -que la norma asimila a las de los letrados de las Cortes Generales-, se dice expresamente: *“La presente Ley tiene como objetivo dar eficaz respuesta a esa necesidad de instrumentar una asistencia jurídica al Estado acorde con los postulados de una Administración moderna, austera, eficaz y tributaria de un sometimiento pleno a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*.

Esta función-deber de los letrados de las Cortes Generales es perfectamente compatible (y necesaria, puesto que sus informes conforman el expediente del procedimiento legislativo) respecto de la posterior función del Tribunal Constitucional de declarar la constitucionalidad de las normas con rango de ley, pues obviamente el texto que examinan los letrados aún no es ley ni los letrados en sus informes realizan declaraciones de inconstitucionalidad con los efectos previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino solo valoraciones jurídicas. Por tanto, los informes de los letrados se desenvuelven en un plano distinto a las funciones del Tribunal Constitucional.

Partiendo de lo anterior, y dado que cada Cámara cuenta con sus propios letrados adscritos y es autónoma de la otra respecto a la tramitación legislativa (artículo 72 de la Constitución), se ha de afirmar que es procedente que, con ocasión de la tramitación de la Proposición de Ley de la Amnistía en el Senado, se emitan informes jurídicos propios de esta Cámara que tendrán total autonomía respecto a los emitidos en el Congreso, sin que exista ninguna relación de jerarquía entre los mismos.

Estos informes se justifican, además, por el derecho del Senado, y de los Senadores, a contar con su propio asesoramiento jurídico institucional para



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

apoyar sus decisiones en el ejercicio de sus funciones, lo cual, aunque hasta la fecha no ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, es razonable considerar que forma parte del contenido esencial del derecho a la representación política amparado en el artículo 23 de la Constitución.

Pero aún más se justifica la valoración propia del Senado acerca de la admisión a trámite de la iniciativa si tenemos en cuenta las modificaciones sustanciales que ha sufrido la misma durante su tramitación en el Congreso. Si inicialmente el texto original de la Proposición de Ley suscitaba dudas acerca de su constitucionalidad, ahora el texto que se recibe del Congreso es un texto diferente al inicialmente calificado por la Mesa del Congreso de los Diputados, en el cual se agravan aún más las dudas sobre su constitucionalidad, lo que necesariamente ha de ser examinado *ex novo* por el Senado en el trámite de calificación y admisión de la iniciativa, contando con su propio informe, dado que el informe inicial elaborado para la admisión a trámite en la Mesa del Congreso ha tenido un objeto diferente (la versión inicial de la iniciativa presentada como proposición de ley orgánica) y una finalidad distinta, pues en la presente fase del procedimiento han de depurarse (si ello fuera posible) los vicios de inconstitucionalidad que subsistan en este momento procedimental, pese a las advertencias vertidas en las Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia de la Cámara Baja, o dimanantes de las sucesivas lecturas a las que la iniciativa ha sido sometida antes de ser remitida al Senado.

Estas son, pues, las bases para emitir el presente Informe. Dividiremos la exposición en cinco apartados: uno, el análisis de las vulneraciones del procedimiento legislativo producidas durante su tramitación en el Congreso; dos, el análisis de la inconstitucionalidad material y formal de la iniciativa; tres, la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea; cuatro, la compatibilidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos; y cinco, las posibles actuaciones que se pueden emprender en defensa de las atribuciones del Senado como Cámara y de los derechos fundamentales de los Senadores.

I. ANÁLISIS DE LAS VULNERACIONES DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DURANTE LA TRAMITACIÓN EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Con carácter previo al análisis de inconstitucionalidad material es preciso realizar unas consideraciones acerca de las irregularidades que se han producido durante la tramitación del procedimiento legislativo en el Congreso de los Diputados y que podrían comportar una nulidad radical de lo actuado en dicha Cámara por infracción de las reglas esenciales de formación de la voluntad en la



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Cámara Baja, ya que a las dudas que ya de por sí se planteaban sobre la constitucionalidad del contenido de la Proposición de Ley Orgánica, y que se expondrán en los apartados siguientes, se han sumado, inesperadamente, como resultado de la tramitación en el Congreso, nuevas y serias dudas que ahora podrían acarrear la inconstitucionalidad de la iniciativa por motivos formales de infracción del procedimiento legislativo.

El procedimiento legislativo, aunque se desarrolle en sucesivas fases en cada Cámara, posee un carácter unitario e integrado, donde ambas Cámaras participan en una sucesión compleja de actuaciones sin solución de continuidad. Por ello, las irregularidades formales que pueden viciar alguna de esas fases se comunican inmediatamente a todo lo actuado con posterioridad. En este sentido, la iniciativa que se recibe ahora en el Senado para su tramitación en esta Cámara, aun cuando goza del respaldo mayoritario emitido en las votaciones sucesivas del Pleno del día 14 de marzo de 2024, podría estar afectada de nulidad por las graves irregularidades que se han puesto de manifiesto en el *iter legislativo* en el Congreso de los Diputados.

Se analizan, pues, a continuación, las vulneraciones de procedimiento que, a nuestro juicio, se han dado en la tramitación en la Cámara Baja.

En primer lugar, se analiza el rechazo del texto en votación final de conjunto en el Pleno del día 30 de enero de 2024, pese a lo cual se devolvió a la Comisión de Justicia, contra toda lógica democrática y contra las reglas contenidas al respecto en los artículos 79.2 de la Constitución y 79.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados en relación con el artículo 131.2 del mismo. En segundo lugar, se analiza la infracción del procedimiento de urgencia con la prórroga de quince días para que la Comisión de Justicia emitiese nuevo Dictamen. En tercer lugar, se entra en un análisis sobre la falta de emisión de un nuevo Dictamen por la Comisión de Justicia en su sesión del día 8 de marzo de 2024, en contra de la dicción literal del citado artículo 131.2 que exige la emisión de un nuevo Dictamen. Y, en cuarto lugar, la presentación sorpresiva de enmiendas transaccionales durante la sesión de la Comisión.

- 1. Rechazo del Dictamen del Pleno del Congreso en votación final sobre el conjunto en la sesión plenaria de 30 de enero de 2024 y, pese a ello, devolución a la Comisión de Justicia, con infracción de los artículos 79.2 de la Constitución y 79.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados en relación con el artículo 131.2 del mismo.**



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 30 de enero de 2024, debatió y votó el Dictamen sobre la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. En dicha sesión plenaria se sometió a votación en primer lugar el mismo texto que se contenía en el Dictamen de la Comisión, al no haberse introducido nuevas enmiendas en el Pleno por haber sido todas ellas rechazadas, aprobándose dicho Dictamen por 177 votos a favor, 172 en contra y ninguna abstención. Dicho de otra manera, el Pleno del Congreso hizo suyo el Dictamen de la Comisión, pero ningún contenido distinto se votaba adicionalmente respecto de lo que se votó en su día en la Comisión, puesto que no hubo incorporación de nuevo contenido al texto en dicha sesión plenaria.

Sin embargo, inmediatamente, en la votación final sobre el conjunto de la Proposición de Ley Orgánica, que se produce invariablemente de modo sucesivo a la votación del Dictamen, exigida por su carácter de orgánico, de conformidad con el artículo 81.2 de la Constitución (regla recogida por el artículo 131.2 del Reglamento del Congreso), se obtuvo el siguiente resultado: 171 votos a favor, 179 votos en contra y ninguna abstención, por lo que resultó un rechazo en votación final del texto por mayoría absoluta, sin obtener si quiera mayoría simple a favor.

Este acto parlamentario es de una importancia capital. Es esta segunda votación la que constitucionalmente es exigida como regla esencial del procedimiento de producción normativa de las leyes orgánicas. Se produce “sobre el conjunto” del texto, y tiene carácter de totalidad y final. Una vez que dicha votación resulta rechazada, por una amplia mayoría (absoluta) de la Cámara, la iniciativa queda rechazada “*in toto*”, como decisión final del Pleno del Congreso, y queda, por tanto, decaído el procedimiento legislativo, de modo que, si se desea que la iniciativa vuelva a ser traída a la consideración de las Cámaras para su tramitación como ley, debe presentarse de nuevo y comenzar *ab initio* el *iter* legislativo.

Pues bien, a pesar de este rechazo en “votación final sobre el conjunto del proyecto” (exigencia literal del artículo 81.2 de la Constitución), la iniciativa no decayó sino que siguió viva y la Mesa del Congreso de los Diputados, en su reunión del día 6 de febrero de 2024, entendió que procedía la devolución a la Comisión, por una cuestionable aplicación del artículo 131.2 del Reglamento que dice ser acorde con el precedente, cuando en realidad no es así (puesto que en los dos únicos precedentes existentes de remisión a la Comisión en 1997 y 1999,



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

fueron de textos que habían obtenido más votos a favor que en contra, por lo que no sirven de referencia para el caso presente). El acuerdo de la Mesa por el que se decide su devolución a la Comisión de Justicia para “nuevo dictamen” dice lo siguiente:

“Comunicar a la Comisión de Justicia que el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 30 de enero de 2024, debatió el Dictamen sobre la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 32-1, de 24 de noviembre de 2023), no obteniéndose el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara en la votación final sobre el conjunto del texto, produciéndose, en consecuencia, la devolución de la Proposición de Ley Orgánica a la citada Comisión que, conforme a lo dispuesto en el artículo 131.2 del Reglamento en relación con los artículos 93 y 94 del mismo, deberá emitir un nuevo dictamen en el plazo de quince días, que finalizará el próximo 21 de febrero. A tal efecto, se podrá tener en cuenta el texto del Dictamen aprobado por la Comisión, las enmiendas mantenidas en relación con dicha Proposición de Ley Orgánica y las enmiendas transaccionales que, en su caso, puedan formularse”.

A efectos de analizar el acuerdo de la Mesa, conviene reproducir el mencionado artículo 131.2 del Reglamento del Congreso:

*“Su aprobación requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara en una votación final sobre el conjunto del texto. La votación será anunciada con antelación por la Presidencia de la Cámara y, si en ella se consigue la citada mayoría, el proyecto será remitido al Senado. Si, por el contrario, aquélla no se consiguiese, el proyecto será devuelto a la Comisión, que deberá emitir **nuevo dictamen** en el plazo de un mes.”*

El acuerdo de la Mesa interpreta la voluntad del Pleno en el sentido de considerar que el rechazo final de totalidad equivale a “no haberse alcanzado la mayoría absoluta”, interpretando que el pronombre “aquélla” cuando se refiere a que aquella mayoría no se consiguiese, se refiere solo a la mayoría absoluta a la que se refiere el artículo.

Sin embargo, con apoyo en doctrina que así se ha manifestado y que compartimos, consideramos que esta interpretación del artículo 131.2 del Reglamento del Congreso entra en directa contravención con el principio democrático mayoritario como única forma de adopción de acuerdos, consagrado en el artículo 79.2 de la Constitución (y reproducido literalmente en el artículo 79.1 del Reglamento de la Cámara Baja):



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

“Dichos acuerdos, para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras”.

En este caso, se puede decir que la infracción que se ha producido es doble, porque no solo no se consigue la mayoría absoluta para su aprobación, sino que ni siquiera se obtiene una aprobación por mayoría simple (más votos a favor que en contra de los presentes). Con ello, no solo se está vulnerando el artículo 81.2 de la Constitución y 131.2 del Reglamento del Congreso, sino adicionalmente, y no menos importante, los artículos 79.2 de la Constitución y 79.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que son la clave de cualquier sistema parlamentario de decisión y que se aplican con carácter general y en todo caso, con independencia del tipo de procedimiento legislativo de que se trate. No es casualidad que el precepto reglamentario se sitúe sistemáticamente en el Título IV “De las disposiciones generales de funcionamiento”, Capítulo IV “De las votaciones”, es decir, se trata de una regla general de funcionamiento del parlamento que no contempla ni admite excepción y, por tanto, también se aplica al artículo 131.2 de Reglamento del Congreso.

Dicha regla es clarísima, y consiste en que para que un asunto se pueda considerar aprobado, es necesario que obtenga en su votación más votos a favor que en contra. Luego, podrá ser posible que, a esta regla básica de mayoría, se puedan superponer otras reglas de mayorías especiales o reforzadas, como la exigida en este caso para las leyes orgánicas. Por eso, el artículo 79.2 del Reglamento de Congreso se refiere a la aplicación de esta regla de la mayoría usando la expresión “sin perjuicio de las mayorías especiales”. Ahora bien, lo que no parece que se pueda entender es cuando se requieren mayorías especiales, queda derogada o no se aplica la regla de la mayoría simple. Al contrario, como su propio nombre indica la mayoría reforzada es un reforzamiento o agravamiento de la mayoría simple, lo que claramente significa que la incluye y no la excluye. Por ello, si el asunto cuya aprobación requiere mayoría absoluta ni siquiera obtiene la simple, aún más se debe entender rechazado, por la condición de *prius* que tiene la regla de la mayoría.

Esta no es una cuestión menor. La regla de la mayoría, como lo ha venido a decir el Tribunal Constitucional, constituye un principio estructural del Estado democrático de Derecho. Así, en la **STC 136/2011, FJ 5**, al hilo de analizar la invocación que los recurrentes realizaban de este principio, señala que: *“El principio democrático consagrado por nuestra Constitución (art. 1.1) impone que la formación de la voluntad de las Cortes Generales se articule a través de un*



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

procedimiento cuyos rasgos estructurales ha prescrito el texto constitucional (...)”, y resulta que el instrumento elegido para conseguir esa voluntad de las Cámaras es la regla de la mayoría:

“... en cuanto que la aplicación de principio mayoritario y, por tanto, la consecución de una determinada mayoría como fórmula para la integración de voluntades concurrentes, es el instrumento por el que ha optado nuestra Constitución para encauzar la voluntad de los ciudadanos. De esta forma se canaliza el ejercicio de la soberanía popular participando los ciudadanos en los asuntos públicos a través de sus representantes elegidos mediante las elecciones (STC 157/1991, de 15 de julio, FJ 4). Los grupos parlamentarios y el principio mayoritario son, entonces, vitales para el funcionamiento del sistema democrático y de la supremacía del Parlamento, convirtiéndose precisamente así, uno y otro, en la garantía del principio democrático participativo que informa la Constitución, ‘manifestación, a su vez, de la soberanía popular’ (STC 167/2001, de 16 de julio, FJ 5) y ‘que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados’ (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5).”

Y concluye el Tribunal:

«En suma, “nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas”[SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21 A); 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 A) a); y 124/2003, de 19 de junio, FJ 11], de modo tal que, como señala el representante del Senado, el procedimiento legislativo se ha ordenado con arreglo al denominado principio mayoritario que constituye una “afirmación del principio democrático, respecto del cual toda mayoría cualificada ... debe mantenerse en términos de excepción a la regla” (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 11), al ser excepcional “la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria” [SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2; y 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 A)] (...).».

O en los términos de la **STC 139/2107, FJ 5**: “la decisión final del procedimiento corresponde en nuestro ordenamiento por regla general, como es propio del principio democrático, a la mayoría...”. Y, en este caso, una mayoría y, además, absoluta, ha decidido rechazar el texto en su votación final y de conjunto.

Esta votación final, por su carácter total, engloba todas las posibles votaciones anteriores que la iniciativa haya podido tener, por lo cual tiene una cualidad intrínsecamente superior a la votación favorable que antes obtuvo en el Pleno el Dictamen de la Comisión, debiéndose entender que el resultado de esta segunda



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

votación prevalece sobre el resultado de la votación de Dictamen. Se trata de un supuesto de doble votación muy especial, previsto deliberadamente en la Constitución para reforzar la importancia del rango orgánico. Ahora bien, por la lógica del precepto, se debe entender que las dos votaciones -y de forma sucesiva y acumulada- han de resultar favorables y obtener las mayorías requeridas. Además, cada votación opera por separado y no se interfieren mutuamente en sus efectos. La sola votación favorable del Dictamen, y aunque lo hubiera sido por mayoría absoluta, como ocurrió en este caso (por 177 votos a favor), no es suficiente para convalidar el rechazo que tuvo lugar en la segunda votación final o para entender que la iniciativa obtuvo el apoyo de una mayoría que permitiera decidir su vuelta a la Comisión.

Si se quisiera exceptuar esta regla general, estableciendo no ya una “mayoría” especial, sino el que una minoría pueda tomar un acuerdo, como interpreta la Mesa del Congreso, ello no puede presumirse, salvo que conste esta posibilidad expresamente en el Reglamento, o, en su defecto, a lo sumo (de forma también muy dudosa), en una resolución interpretativa de la Presidencia anteriormente adoptada -no podría tampoco adoptarse en este momento, para solucionar el problema, por ser contraria a derecho la aplicación retroactiva de normas procedimentales, lo que equivaldría a un cambio en las reglas del juego iniciado un procedimiento-, y sin que sea, por tanto, suficiente un acuerdo de la Mesa de la Cámara para suplir tal “omisión” del Reglamento.

En suma, para que la Mesa del Congreso hubiese procedido a acordar la devolución del texto a la Comisión, tras la constatación del resultado de la votación en el Pleno, proclamada por la Presidencia, el artículo 131.2 debería haber incluido expresamente la posibilidad de la devolución a la Comisión tras un rechazo del texto, con una redacción de este tipo:

*“Su aprobación requerirá el voto favorable de la **mayoría absoluta** de los miembros de la Cámara en una votación final sobre el conjunto del texto. La votación será anunciada con antelación por la Presidencia de la Cámara y, si en ella se consigue **la citada mayoría**, el proyecto será remitido al Senado. Si, por el contrario, **aquella no se consiguiese, o el texto fuese rechazado**, el proyecto será devuelto a la Comisión, que deberá emitir nuevo dictamen en el plazo de un mes”.*

Al respecto, la Nota de la Secretaría General del Congreso de los Diputados en apoyo de la controvertida interpretación que motiva el acuerdo de la Mesa de 6 de febrero de 2024, pone en conexión el artículo 131.2 con el artículo siguiente,



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

artículo 132.2ª, del Reglamento, que dice: *“El texto resultante de la incorporación de enmiendas introducidas por el Senado y aceptadas por el Congreso será sometido a una votación de conjunto. Si en dicha votación se obtuviera la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, quedará definitivamente aprobado en sus términos. En caso contrario, quedará ratificado el texto inicial del Congreso y rechazadas todas las enmiendas propuestas por el Senado”*.

Considera dicha Nota, que *“en el supuesto de que, en esa votación de conjunto, el número de noes superara al de los síes, no por ello la consecuencia sería distinta de la prevista en el Reglamento, de manera que también en este caso quedaría ratificado el texto inicialmente aprobado por el Congreso”*, confundiendo completamente las fases del *iter* legislativo, pues en la hipótesis del artículo 132.2ª, tras el paso del texto por el Senado, la votación final de conjunto en el Congreso rechazaría las enmiendas introducidas por la Cámara Alta, pero ratificaría, como es notorio, el texto que en su día sí alcanzó una mayoría absoluta en votación de conjunto en el Pleno del Congreso, por aplicación directa de lo establecido en el artículo 90.2 de la Norma Fundamental que en este momento no es de aplicación ni sirve por ello como cláusula para una interpretación sistemática, como la Nota pretende. Es una hipótesis muy diferente, puesto que se parte del hecho de que la mayoría absoluta en la votación final sí resultó alcanzada en una sesión plenaria anterior en el Congreso, cosa que en el caso que nos ocupa no ha ocurrido. Igualmente, resulta dudoso traer al artículo 131.2 la regla del artículo 132.2ª que está pensada para la votación de los textos remitidos por el Senado, no para la votación de los propios textos del Congreso. Ni siquiera una analogía fundamentaría esta aplicación, dado que no se cumple el requisito de la *eadem ratio* del artículo 4.1 del Código Civil, pues es claro que, por nuestro sistema bicameral, la forma en la que el Congreso vota los textos del Senado no es intercambiable con la forma en que vota sus propios textos.

En suma: en el Pleno del día 30 de enero de 2024, la votación que realmente resulta significativa en este trámite, exigida por el artículo 81.2 de la Constitución, para las leyes orgánicas, es la “votación final sobre el conjunto”, no es que no alcanzara una mayoría absoluta, sino que resultó en un contundente rechazo del texto y por mayoría absoluta, por lo que la devolución del texto a la Comisión supone una infracción de las reglas esenciales del procedimiento legislativo orgánico y, por ende, de las normas constitucionales esenciales de formación de la voluntad en la Cámara Baja.

Como hemos dicho, los dos precedentes de 1997 y 1999 que han salido a la luz para justificar la vuelta del Dictamen a la Comisión, en aplicación del artículo



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

131.2 del Reglamento de esa Cámara, no sirven, pues se trataron de supuestos en que las iniciativas, al menos, obtuvieron una votación favorable por mayoría simple. En cambio, existe un significativo precedente, no citado, que incluso fue analizado por el Tribunal Constitucional, en que este resuelve que tras la votación de conjunto no volviese el Dictamen a la Comisión por no haber obtenido la mayoría absoluta, aunque erróneamente en la sesión plenaria el Vicepresidente Segundo proclamó que se remitía a la Comisión, lo que nunca se hizo. En ese caso, el Gobierno tuvo que volver a presentar un nuevo proyecto de ley.

Se trata de la **STC 238/2012, FJ 3**:

“Cuando el Gobierno presentó el proyecto de ley, la anterior iniciativa legislativa había sido definitivamente rechazada, porque así había sido decidido por el Pleno del Congreso en la votación final sobre el conjunto del texto de la ley orgánica (art. 81 CE), en la sesión de 25 de noviembre de 2004. Es cierto que el art. 131 RCD establece, tras determinar que los proyectos de ley orgánica se tramitarán por el procedimiento legislativo común y que su aprobación requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara en una votación final sobre el conjunto del texto, que si no se consiguiese esa mayoría “el proyecto será devuelto a la Comisión, que deberá emitir nuevo dictamen en el plazo de un mes” (art. 131.2 in fine RCD). Pero no lo es menos que los recurrentes sabían que el procedimiento legislativo seguido para aprobar esta ley orgánica era el de lectura única, lo que significa que a la votación sobre el conjunto del texto no sigue un envío a comisión alguna, y se entiende automáticamente rechazado una vez efectuada la votación en sesión plenaria (art. 150, apartados 2 y 3 RCD). Los recurrentes sugieren que el error oral en que incurrió quien presidía la sesión plenaria al referirse al art. 131.2 RCD, recogido efectivamente en el “Diario de Sesiones”, les indujo a pensar que el procedimiento legislativo no había concluido lo que, vista la claridad con que se expresan las disposiciones del Reglamento del Congreso de los Diputados, no parece razonable.”

El único matiz diferente de este caso con relación al presente es que se trataba de un procedimiento de lectura única, por lo que, obviamente, nunca cabría la aplicación en ese caso del artículo 131.2 del Reglamento, ya que no interviene la Comisión. Sin embargo, esta Sentencia apoya la tesis de que la iniciativa, para poder volver a la Comisión, necesita haber sido aprobada, al menos, por una mayoría, aunque resulte inferior a la absoluta; es decir, el precedente de vuelta a la Comisión es solo de textos que hayan sido aprobados por mayoría. En aquel



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

caso en la votación final de totalidad, la iniciativa obtuvo 169 a favor, 124 en contra y una abstención.

El reciente Auto del Tribunal Constitucional, que se ha conocido por Nota informativa 30/2042, olvida su propia doctrina e inadmite el recurso de amparo interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox contra la decisión *in voce* de la Presidenta del Congreso de los Diputados de 30 de enero de 2024 y contra el Acuerdo de la Mesa de la Cámara, de 6 de febrero de 2024, de devolver la Proposición de Ley Orgánica a la Comisión de Justicia para emitir un nuevo dictamen tras no haberse obtenido la mayoría absoluta de la Cámara por considerar la inexistencia de violación del derecho fundamental alegado. Señala que los diputados han podido participar en todas las fases del procedimiento legislativo y de diferentes formas. Según el Auto, la interpretación de los artículos 79.1 y 131.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que hicieron la Presidenta y la Mesa de la Cámara, no es arbitraria aunque se pudieran permitir otras igualmente razonables. El Tribunal concluye afirmando que estamos “dentro del ejercicio razonable de la autonomía parlamentaria”.

Ahora bien, hay que advertir que este Auto se ha adoptado en la fase de admisión a trámite del recurso de amparo, por lo que ha hecho solo un análisis liminar del fondo del asunto, incluso sin contar con las alegaciones de las demás partes, por lo que lo aquí resuelto no cabe ser considerado como una decisión sobre el fondo de esta cuestión. Precisamente, el Tribunal, con la inadmisión, elude este pronunciamiento sobre el fondo. Aunque lo cierto es que el Auto es discutible, sobre todo en cómo puede llegar a la clara conclusión de que no hay vulneración del derecho fundamental sin entrar debidamente en el fondo del asunto. Al inadmitir de plano, en una decisión no unánime, un asunto que toca una regla estructural del sistema democrático como es la de adopción de acuerdos por mayoría, puede estar desconociendo, en esta fase preliminar, no ya solo los derechos fundamentales de participación política de los diputados, sino incluso su derecho a la tutela judicial efectiva por parte del último órgano llamado a ser garante de los mismos.

A todo ello, cabe añadir la dudosa constitucionalidad del artículo 131.2 del Reglamento del Congreso, respecto al cual se podría plantear una cuestión de inconstitucionalidad al hilo del recurso de amparo por la vía del artículo 55.2 LOTC, ya que su contenido extralimita el artículo 81 de la Constitución, el cual no contempla la posibilidad de salvar la falta de mayoría de absoluta en la votación final de conjunto sobre el texto mediante una remisión a la Comisión, sino que ésta es una votación final y definitiva.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

2. Infracción del procedimiento de urgencia con la prórroga de quince días para que la Comisión de Justicia emita un nuevo Dictamen.

A la infracción anterior de la regla de mayoría, cabe añadir la posible infracción del artículo 131.2 del Reglamento del Congreso en relación con los artículos 93 y 94 del mismo texto que regula el procedimiento por urgencia. Como se ha señalado, a pesar de que la Proposición de Ley Orgánica se tramita por el procedimiento de urgencia, la Mesa del Congreso ha ampliado por quince días más el plazo del artículo 131.2, que antes había reducido por la urgencia, lo cual se puede considerar bastante discutible por las siguientes razones.

En primer lugar, se difumina la existencia de la urgencia y es un fraude a los artículos 93 y 94 del Reglamento, si finalmente se amplían los plazos reducidos hasta la misma duración que hubieran tenido de haberse seguido el procedimiento ordinario.

En segundo lugar, el artículo 131.2 es taxativo respecto a la duración del plazo que establece, un mes, que se reduce a la mitad –quince días– en caso de urgencia, sin que en el mismo se haya previsto la posibilidad de ampliar o prorrogar ese plazo, ya estemos en el procedimiento urgente o en el ordinario.

En tercer lugar, sería dudosa la aplicación del artículo 110 del Reglamento del Congreso, pues éste es aplicable al procedimiento ordinario, no al urgente, y tampoco puede entenderse que se aplica supletoriamente pues la urgencia tiene su propia norma (artículos 93 y 94).

En cuarto lugar, también resultaría dudosa la aplicación del artículo 91 del Reglamento a este supuesto. Dicho precepto permite a la Mesa del Congreso “acordar la prórroga o reducción de los plazos establecidos en este Reglamento”. La duda está en la dicción del artículo 94 del Reglamento que, al regular el procedimiento urgente, establece que “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 91 del presente Reglamento, los plazos tendrán una duración de la mitad de los establecidos con carácter ordinario*”. Es decir, en la regulación de la urgencia se realiza una remisión a la posibilidad de que la Mesa pueda ampliar los plazos. Así, en el procedimiento urgente es habitual que la Mesa amplíe los plazos de presentación de enmiendas. Sin embargo, la expresión “sin perjuicio”, que es bastante ambigua, por cierto, podría entenderse en el sentido que el procedimiento urgente del artículo 94 y el artículo 91 operan de forma separada. En el procedimiento urgente se reducen los plazos a la mitad por aplicación directa del artículo 94 y ello sin perjuicio de que el Reglamento prevea que para otros casos también se puedan reducir los plazos por acuerdo de la Mesa en aplicación del artículo 91.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

En cualquier caso, en una eventual acción judicial se podrían plantear estas dudas sobre si ha sido correcta esta decisión de la Mesa del Congreso de ampliar el plazo, yendo contra sus propios actos y vaciando de contenido la declaración de urgencia antes adoptada por ella misma. Es defendible sostener la especialidad tanto del plazo del artículo 131.2 del Reglamento como de la declaración de urgencia, que quedan desvirtuados si se aplicara sin límite la regla común del artículo 91 que permite a la Mesa ampliar los plazos.

3. Falta de emisión de un nuevo Dictamen por la Comisión de Justicia, en contra de lo exigido en el artículo 131.2 del Reglamento del Congreso, en relación con los artículos 113 y 114

La Comisión de Justicia del Congreso vulneró el procedimiento establecido en el artículo 131.2 que exige que se emita un nuevo dictamen, es decir, exige que la Ponencia se reúna y se proponga a la Comisión un nuevo dictamen, ello en relación con los artículos 113 y 114 del Reglamento que establecen como orden lógico del procedimiento que previamente ha de existir un informe de la Ponencia y después un Dictamen de la Comisión, típico de nuestro modelo de doble lectura. En cambio, lo que hizo la Comisión fue “parchar” el Dictamen anterior, de forma que, partiendo del antiguo Dictamen (no era uno nuevo), introdujo unas enmiendas transaccionales. Es decir, la segunda Comisión de Justicia elaboró un segundo Dictamen sin previo informe de la Ponencia, haciendo surgir ese Dictamen de la nada, en contra de nuestro procedimiento de doble lectura que siempre presupone que se somete a la Comisión una propuesta de la Ponencia.

El resultado de la segunda Comisión ignora la necesaria fase de Ponencia y, en sí mismo, no puede ser considerado un nuevo Dictamen, como exige el artículo 131.2, puesto que no ha sido propuesto por la Ponencia, sino que es solo una modificación del anterior.

En este sentido, se ha de considerar incorrecto el acuerdo de la Mesa del Congreso puesto que literalmente no se ajusta a lo previsto en el artículo 131.2 ya que es el propio acuerdo de la Mesa el que indica a la Comisión que se tenga en cuenta el anterior Dictamen que es justo lo que no se puede considerar que constituya una “nuevo” Dictamen. Recordemos sus términos: *“A tal efecto, se podrá tener en cuenta el texto del Dictamen aprobado por la Comisión, las enmiendas mantenidas en relación con dicha Proposición de Ley Orgánica y las enmiendas transaccionales que, en su caso, puedan formularse”*.

Asimismo, se ha de señalar que a la nulidad del procedimiento derivada de no haberse votado un nuevo Informe se añade otra más, porque, al ignorarse el informe de la Ponencia, también se ha ignorado, incluso con infracción del propio



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

acuerdo de la Mesa del Congreso que así lo disponía, la votación en la Comisión de todas aquellas enmiendas inicialmente presentadas, o transaccionales a estas, que no se hubieran incluido en el mismo. En concreto, las enmiendas vivas que se mantenían vivas para el nuevo Dictamen de la Comisión de Justicia y que fueron ignoradas en la segunda sesión de la Comisión eran las enmiendas 23 a 31 y 33 y 34 del Grupo Parlamentario Junts per Catalunya, las enmiendas 35 y 38 del Grupo parlamentario Republicano, la enmienda transaccional en Comisión número 3 de los Grupos Parlamentarios Republicano y Junts per Catalunya, y las enmiendas transaccionales en Comisión números 4, 5 y 6 de los Grupos Parlamentarios Junts per Catalunya y Vasco.

Lógicamente, lo expuesto en este punto acarrea que lo que se ha votado finalmente en el Pleno del Congreso del 14 de marzo y que se ha remitido al Senado, sea un texto nulo resultado de un procedimiento irregular.

4. Conocimiento sorpresivo de las enmiendas transaccionales, en contra del artículo 69 del Reglamento del Congreso, y vulneración de los artículos 79.1 de la Constitución y 78.1 del Reglamento del Congreso

Como se puede advertir en el Diario de Sesiones de la Comisión, en esta se planteó un incidente en relación con el desconocimiento y calificación por la Mesa de la Comisión de las enmiendas transaccionales que se pretendían incorporar, lo que obligó a suspender la sesión y a una reunión de la Mesa, supuestamente no convocada previamente, con el resultado de que la misma aprobó la admisión de tales enmiendas.

Este incidente, aunque resuelto políticamente por la mayoría de la Mesa, pudo lesionar los derechos de los parlamentarios a ejercer adecuadamente su función representativa, pues apenas tuvieron tiempo para conocer esos textos antes de su debate y votación, como así manifestaron en sus intervenciones, ello en contra del artículo 69 del Reglamento del Congreso que exige que *“Ningún debate podrá comenzar sin la previa distribución, a todos los Diputados con derecho a participar en el Pleno o en la Comisión, en su caso, al menos con cuarenta y ocho horas de antelación, del informe, dictamen o documentación que haya de servir de base en el mismo, salvo acuerdo en contrario de la Mesa del Congreso o de la Comisión, debidamente justificado”*.

Pero, en este caso, no solo no se respetó este plazo de 48 horas de antelación ni consta ningún acuerdo en contrario, o justificativo de la urgencia, sino que, además, la convocatoria “espontánea” de la Mesa de la Comisión, al hilo de la sesión de la Comisión, sin convocatoria formal previa, vulnera también el artículo



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

79.1 de la Constitución que establece que *“Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”*, que se reproduce en el artículo 78.1 del Reglamento del Congreso, ya que no consta que tal reunión de la Mesa fuera formalmente convocada, por mucho que la Mesa estuviera presente en la sesión de la Comisión.

A su vez, la inadecuada calificación por la Mesa de la Comisión de tales enmiendas, cuya inadmisión no se motivó ni se notificó formalmente, al ser realizada en una reunión no convocada reglamentariamente, infringe el artículo 114.3 del Reglamento de aquella Cámara que, precisamente, atribuye a las Mesas de las Comisiones tal función de calificación de las enmiendas transaccionales que se planteen durante la discusión de un artículo.

II. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL Y FORMAL DE LA INICIATIVA

A estas alturas del debate público, han sido muchísimos los pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de la iniciativa (véase el libro *“La Amnistía en España*, ed. Colex, 2024, con testimonios de más de 60 juristas de reconocido prestigio que se pronuncian en el sentido de que la amnistía no cabe en ausencia de mención constitucional expresa). Todos ellos conforman un estado de la opinión doctrinal que, en su momento, también habrá de ser considerada por el Tribunal Constitucional u otros tribunales que puedan llegar a enjuiciar la norma. Asimismo, existe una Opinión de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) sobre las exigencias del Estado de derecho respecto de las amnistías, con particular referencia a la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña, aprobada en su 138 sesión plenaria celebrada el 15 de marzo de 2024, que responde a la solicitud de 8 de diciembre de 2023 del Presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de un estudio sobre los requisitos del Estado de Derecho que debería cumplir una amnistía, así como a la solicitud de 13 de diciembre de 2023 del Presidente del Senado, en nombre de la Mesa de la Cámara, de un dictamen urgente sobre la Proposición de Ley Orgánica pendiente de tramitación en el Congreso de los Diputados. La Opinión de la Comisión de Venecia fue aprobada con modificaciones respecto del proyecto inicial, en su 138ª sesión plenaria celebrada el día 15 de marzo de 2024, con el título *«Opinión sobre los requisitos de las amnistías respecto del Estado de Derecho, con especial referencia a la proposición de ley parlamentaria de España “proposición de ley orgánica para la normalización institucional, política y social de Cataluña”»*.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

En el ámbito parlamentario, el único documento en el que se concretan los motivos de inconstitucionalidad de la norma es el relativo a las Observaciones Técnicas de los Letrados de las Cortes Generales adscritos a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.

Partiendo de todas estas posiciones, que no se pueden ignorar, se exponen a continuación los que consideramos posibles motivos de inconstitucionalidad de la Proposición de Ley. Por otro lado, es obvio que la autodeclaración de constitucionalidad que contiene la propia Exposición de motivos de la Proposición de Ley no hace que la misma sea *per se* constitucional, sino que ello lo tendrá que decidir el Tribunal Constitucional.

1. Falta de previsión en la Constitución

Deliberadamente los constituyentes no quisieron incluir la posibilidad de conceder amnistías, como consta en las fuentes parlamentarias en las que se recoge la no incorporación de dos enmiendas que tenían este propósito. Los constituyentes concluyeron -según revelan las actas de la Ponencia- lo siguiente: *“Por lo que se refiere a la amnistía, se acuerda no constitucionalizar este tema”*.

Desde luego, esta voluntad del constituyente, conforme tiene dicho el propio Tribunal Constitucional, ha de tomarse como un criterio interpretativo muy relevante cuando se valora la adecuación de una norma a la Constitución, así como también conforme al artículo 3.1 del Código Civil que establece como criterio interpretativo de las normas *“los antecedentes históricos y legislativos”*.

La Constitución solo recoge en el artículo 62 i) como función del Rey *“Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”*, interpretándose que, si no se pueden autorizar indultos generales, menos se podrán acordar amnistías, por el principio general del Derecho *“Qui potest plus, potest minus”*, en este caso entendido en sentido inverso: quien no puede lo menos (el indulto general, que tiene un efecto menor que la amnistía porque extingue solo la pena, pero no el delito), no puede lo más (la amnistía, que extingue el delito mismo). La redacción final del Dictamen del Pleno del Congreso, aprobado el día 14 de marzo, aún hace más evidente esta contradicción con el artículo 62 i) al reconocerse la amnistía general, lo que es mucho más que el indulto general debido al mayor efecto que de por sí tiene la amnistía frente al indulto. La mutación que se ha realizado finalmente del texto inicial es de gran relevancia, pues de una amnistía a un grupo determinado de personas, se pasa a una amnistía “a todas las personas, sin excepción, que participaron en el proceso independentista”, como ahora recoge su Preámbulo, apartado II.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Autores diferentes sostienen que el silencio de la Constitución sobre la amnistía implica prohibición o imposibilidad de la amnistía, no permisividad. Se basan para ello en otro principio general del Derecho: la aplicación restrictiva de las excepciones, que han de estar limitadas y expresamente previstas. La amnistía, y en esto existe acuerdo, supone una excepción, definida ésta como un contraderecho, como un poder de anulación que se dirige contra otro derecho: una derogación retroactiva de leyes penales comportando, por ello, un régimen excepcional (*“Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve” (...)* la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina *«derogación retroactiva de normas»* STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2).

En este caso se trata de un poder de anulación de lo actuado por el Poder Judicial, anulando el principio de administración de la justicia por los Jueces y Magistrados (artículo 117.1 de la Constitución) y el principio de obligado cumplimiento de las sentencias (artículo 118 de la Constitución), así como los valores que se proclaman como superiores del ordenamiento jurídico, de la justicia y de la igualdad (artículo 1 de la Constitución). Es preciso recordar aquí, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones (por todas, STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 4) que *“el concepto de Constitución democrática va ineludiblemente ligado a la existencia de un régimen de checks and balances (pesos y contrapesos) entre los diferentes poderes del Estado. La Constitución es norma y no pura entelequia, solo en la medida en que exista control de la actividad estatal y en tanto que el sistema de control entre los poderes del Estado forme parte del propio concepto de Constitución. El carácter democrático de la Constitución requiere no sólo una organización constituida a partir del principio democrático como legitimador originario en la emanación de la Norma Fundamental, sino también la propia ordenación del Estado constitucional desde el principio democrático, de tal suerte que quede garantizada la libertad del soberano y sea efectivo el control del poder”*.

Por tanto, el carácter excepcional se muestra en el hecho de que la entrada en vigor de la ley de amnistía puede asimilarse a la aplicación retroactiva de la norma más favorable (artículo 9.3 de la Constitución), y la consideración de este efecto supone, frente al indulto, que no cabe que la amnistía recaiga sobre resoluciones ya dictadas por los tribunales, y, por tanto, sobre los casos en que el ejercicio del *ius puniendi* se ha concretado ya en una decisión adoptada por un órgano jurisdiccional que ejerce el poder del Estado, pues supondría una invasión del ámbito que solo a este corresponde (artículo 117.1 de la Constitución). La doctrina del Tribunal Constitucional recaída sobre la figura de la amnistía, recogida perfectamente en las Observaciones Técnicas de los



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Letrados del Congreso, alude a esta configuración restrictiva de la amnistía, que solo se puede aplicar en casos excepcionales. Y, a su vez, la excepción, para poder ser aplicada, ha de estar prevista expresamente. Por tanto, el silencio de la Constitución no puede servir para amparar una excepcionalidad como es la amnistía.

Los antecedentes constitucionales corroboran la afirmación anterior. No solo nada se dice acerca de la amnistía en nuestra Constitución sino que nuestro constitucionalismo histórico muestra invariablemente la constitucionalización explícita de las “instituciones de perdón” (amnistía e indulto). Todas las constituciones españolas desde 1812 a 1931, siete constituciones en total y un proyecto de Constitución no promulgada, la de 1856, se refieren al indulto como una de las facultades o potestades del Rey, invariablemente, “con arreglo a las leyes”, como función ejecutiva que es.

Y lo más importante, cuando se ha contemplado la amnistía, se ha hecho de modo expreso. Así, en las Constituciones de 1845 (artículo 9.1 del Acta adicional de 1856), de 1869 (artículo 74.5), de 1931 (artículo 102) y la *non nata* de 1856 (artículo 53.4). Todas ellas fueron constituciones progresistas y todas ellas asumieron que para considerar la amnistía como potestad había que contar con una mención expresa en la Constitución.

Así, el artículo 74 de la Constitución de 1869 dispone que para que el Rey conceda amnistías e indultos generales necesita una autorización de una ley especial. No puede quedar más claro que el antecedente del constitucionalismo histórico español es que, cuando se quiere permitir la concesión tanto de amnistías como de indultos, ambos se citan expresamente, y no solo uno. Por su parte, el artículo 102 de la Constitución de 1931 establecía que “*Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales*”. De nuevo, el precedente constitucional es que expresamente se prevea la posibilidad de conceder amnistías, sin tener que realizar interpretaciones de ningún tipo.

De acuerdo con esta tendencia histórica invariable, en el periodo constituyente hay que recordar que, con la misma composición, el mismo Parlamento, compuesto por las mismas personas, actuando en sucesivos momentos, primero como “Cortes ordinarias” y después como “Cortes Constituyentes”, resolvieron de modo diferente respecto de la amnistía. Las Cortes ordinarias aprobaron la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. Seguidamente, las Cortes Constituyentes rechazaron expresamente incluir en el texto constitucional las enmiendas que podrían haber introducido la amnistía en la Constitución. Lo



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

anterior, sin perjuicio del valor que tiene la interpretación auténtica del Derecho, arroja luz sobre la existencia de una conciencia clara en el poder constituyente originario tanto de la necesidad de constitucionalizar expresamente el poder de amnistía para considerarlo existente, como de su rechazo explícito a la conveniencia de su inserción en la Constitución. A ello debe añadirse que los precedentes existentes ni siquiera tenían el rango de ley y se caracterizaron fundamentalmente, en lo que se puede considerar como causa justificativa de la amnistía, por el absoluto desorden normativo y por la vinculación a cambios de régimen o contiendas cruentas.

Estas consideraciones arrojan la conclusión de que la amnistía no podría instrumentarse mediante una ley, a menos que ello fuera explícitamente permitido por la Constitución.

El debate se plantea porque los detractores de esta posición argumentan al revés, que lo no prohibido, está permitido. Para ello se basan en que la naturaleza jurídica de ambas instituciones es diversa, la amnistía como facultad del poder legislativo y el indulto como facultad del poder ejecutivo, por lo que no es aplicable la lógica de que “quien no puede lo menos, no puede lo más”, porque aquí las potestades se corresponden con dos poderes del Estado diferentes.

Según esta tesis existiría una potestad legislativa implícita de las Cortes Generales que podrían legislar libremente sobre todo lo no mencionado por la Constitución. Esta tesis a favor de la libertad legislativa se apoya también en la idea de que se estaría restringiendo el ámbito de la potestad legislativa de las Cortes Generales si el silencio de la Constitución se interpreta en sentido prohibitivo.

A nuestro juicio, un planteamiento de este tipo dinamita la normatividad de la Constitución (artículo 9.1) que es una de sus características fundamentales en cuanto norma superior del ordenamiento jurídico, como pronto proclamó el Tribunal Constitucional en sus primeras Sentencias: “*el imperio de la Constitución como norma suprema*” (STC 54/1983, de 21 de junio, FJ 2, y, antes aún, STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1), declarado expresamente por su artículo 9.1, trae causa de que la Constitución misma es fruto de la determinación de la nación soberana por medio de un sujeto unitario, el pueblo español, en el que reside aquella soberanía y del que emanan, por ello, los poderes de un Estado (art. 1.2 CE) (STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 4).

El sometimiento de todos a la Constitución es “*otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente*”



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

[SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6 b)]. En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que, como afirmó este Tribunal en la STC 42/2014, FJ 4 c), *“requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella”* [STC 259/2015, FJ 4 b)].

Así pues, tal posición de relativismo normativo (todo lo no prohibido, está permitido) deja en papel mojado la Constitución. ¿Para qué serviría entonces la Constitución si el legislador, al margen o más allá de la Constitución, puede regular una figura que la misma quiso excluir expresamente? La potestad legislativa no es ilimitada como pretenden estas tesis -que se acercan más a la vieja concepción del parlamento absoluto “que lo puede hacer todo”- propia de modelos que poseen constituciones flexibles, como la histórica Constitución de Inglaterra, el cual claramente no encaja en nuestro sistema normativo constitucional, pues el Parlamento se encuentra sometido a una Constitución rígida (artículo 9.1) y solo puede legislar sobre aquellas materias para las cuales cuente con una remisión clara y expresa desde la propia Constitución.

A este respecto, resulta esclarecedor el texto que se pretendió incorporar en la Constitución, el cual sí incluía entre las funciones de las Cortes Generales, la de otorgar las amnistías y que, como sabemos, no fue el que prosperó. El diputado Raúl Morodo Leoncio, del Partido Socialista Popular (PSP), defendió la enmienda 504 al artículo 58 de la Constitución (actual 66), con el siguiente texto: *“Las Cortes Generales, que representarán al pueblo español, ejercen la potestad legislativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el título VIII, otorgan amnistías, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuyen la Constitución”*. En el mismo sentido, debe citarse la enmienda 744 del diputado del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, César Lloréns Bargés: *“Se prohíben los indultos generales. Los individuales serán concedidos por el Rey, previo informe del Tribunal Supremo y del Fiscal del Reino, en los casos y por el procedimiento que las leyes establezcan. Las amnistías solo podrán ser acordadas por el Parlamento”*. Es decir, el planteamiento era otorgar las amnistías mediante un acto, no a través de una ley.

Si estas enmiendas hubieran prosperado no habría dudas sobre la posibilidad de que las Cortes otorgasen amnistías, si bien es muy interesante señalar que tal función de otorgamiento de amnistías se concebía entonces no como parte de la función legislativa, como ahora se pretende, sino mediante un acto



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

parlamentario no legislativo, ya que la redacción diferenciaba claramente entre la potestad legislativa y otorgar amnistías.

En lugar de ello, la Constitución hizo suya la fórmula del artículo 62 i), que solo realiza una remisión al legislador, a través de la expresión “con arreglo a la ley”, para regular el ejercicio del derecho de gracia, el cual, a falta de mención de la amnistía, solo cabe entender que se identifica con el indulto y, en concreto, con el denominado indulto particular al quedar excluido el indulto general y, con mayor motivo, la amnistía general. En consecuencia, la amnistía no va a aparecer como causa de extinción de la responsabilidad penal en el Código Penal de 1995 -el primero tras la Constitución, conocido como “el Código Penal de la democracia”, aunque sí el indulto (artículo 130). En cambio, ambas modalidades figuraban como tales en el artículo 112 del anterior Código Penal de 1973, preconstitucional.

El problema de interpretación es, por tanto, si cabe entender la amnistía dentro de la referencia de la Constitución al derecho de gracia, cuando a la vez el texto constitucional está prohibiendo los indultos generales (y, por tanto, implícitamente, las amnistías) y los constituyentes descartaron que las Cortes Generales pudieran otorgarlas. De los debates constitucionales y aunque el tema se trató bien poco, las referencias al derecho de gracia parecen claramente referirse solo a los indultos, sin incluir la amnistía. Así, se confirma con la intervención del senador Bandrés Molet para defender su voto particular al Dictamen del Anteproyecto. Declaró que estaba de acuerdo en que la Constitución prohibiera los indultos generales, y que tan solo proponía que las Cortes se reservaran “el derecho por una sola vez”, a conceder un indulto a los amenazados por la ley de Peligrosidad Social. Y concluyó: “*No pido un indulto general, y mucho menos amnistía*”.

En las Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia se puso de manifiesto que “*no estando contemplada entre las competencias de las Cortes Generales descritas en el artículo 66.2, ni atribuida a las mismas por ningún otro artículo de la Constitución, que sin embargo desautoriza expresamente los indultos generales (62.i) y habiendo sido rechazadas durante el debate constituyente dos enmiendas (número 504 al entonces artículo 58, hoy artículo 66, y número 744 proponiendo un artículo nuevo) para su introducción en el texto constitucional, la iniciativa contenida en la presente proposición plantea dudas de que pueda tener cabida en la Constitución, de manera que debiera ser articulada a través del procedimiento de reforma constitucional*”.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Esta observación es de una relevancia fundamental, pues suscita la existencia de un *ultra vires* estricto, es decir, un supuesto en que la carencia de competencia es claramente apreciable, no simplemente aproximada, lo que sitúa a las Cámaras en un supuesto de manifiesta incompetencia por razón de la materia, que encuentra un paralelo en el supuesto de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional al que se refiere el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que determina la nulidad de pleno derecho desde el inicio de lo actuado sobre esa base.

Desde el punto de vista constitucional, en derecho comparado son mayoría los países en que se prevé constitucionalmente la amnistía, y así ocurre, desde luego, en los países de nuestro entorno –Austria (artículo 93 de la Constitución de 1920), Francia (artículo 34 de la Constitución de 1958), Portugal (artículo 161.f) de la Constitución de 1976), Italia (artículo 79 de la Constitución de 1947) y Grecia (artículo 47.3 de la Constitución de 1975)– conceden al poder legislativo la competencia de conceder amnistías, con mayorías diversas según los casos, que llegan hasta los 2/3 exigidos por las Constituciones de Italia y Grecia. Así lo señala también la Opinión de la Comisión de Venecia en su punto 44: *“La amnistía está prevista explícitamente en las constituciones de la mayoría de los países considerados: Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bulgaria, Chile, Chequia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, República de Corea, Kosovo, Kirguistán, México, República de Moldavia, Mónaco, Marruecos, Países Bajos, Macedonia del Norte, Portugal, Eslovaquia, Suiza, Túnez, Türkiye, Ucrania, Estados Unidos. En Canadá y el Reino Unido, se considera que la amnistía está permitida por una convención constitucional”*.

Una minoría de países en que la amnistía no se incluye expresamente en la Constitución la admiten (punto 47 de la Opinión de la Comisión de Venecia: Bélgica, Brasil, Canadá, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Alemania, Irlanda –por delitos fiscales–, Noruega, Polonia. En Estonia y Finlandia se acepta generalmente que la amnistía es posible). También se cita aquí a Alemania.

Pero Alemania merece un análisis aparte: dicha competencia del legislativo ha sido establecida por la jurisprudencia constitucional, que la considera dentro del artículo 74 de la Ley Fundamental de Bonn (1976) dedicado a las materias propias de legislación concurrente (Derecho Penal), entre las que se ha considerado que se encuentra la amnistía, de modo diferenciado de la prerrogativa de gracia que corresponde al Presidente (indulto, que no ha de tener carácter general). Sin embargo, a salvo de las amnistías que se produjeron en 1949 y 1954, como medidas de transición de la dictadura a la democracia, no existe en este país propiamente la “amnistía” sino las “leyes de impunidad”



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

(*Straffreiheitsgesetze*), que son propiamente medidas de política criminal que afectaron a todos los ciudadanos alemanes, pues se trató de extender los efectos del Código Penal con carácter universal, es decir, sin privilegiar a unos ciudadanos frente a otros. Por ello, y sin perjuicio de la prohibición de los indultos generales, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han exigido para la “amnistía” (si es que tales leyes de impunidad se pueden considerar equivalentes), además de un motivo legítimo en el marco del Estado de Derecho (motivos que hacen referencia a la necesidad de poner punto final a una situación pasada y el reconocimiento de una nueva situación en el Estado, la no aplicación de normas obsoletas después de una modificación profunda del derecho material, o el restablecimiento de la paz jurídica después de un tiempo de grave inseguridad o anarquía), la forma de ley general (de modo que no constituya una medida encubierta para regular casos particulares, por lo que queda excluida la ley singular, carácter que la proposición de ley que se encuentra en tramitación autoproclama desde su exposición de motivos) y la configuración del ámbito de aplicación de acuerdo con el principio de igualdad que *«se lesiona cuando la regulación especial que el legislador ha dispuesto de modo que debe afectar a determinados tipos penales, no está orientada materialmente a la idea de justicia, cuando para ello no pueden encontrarse consideraciones razonables que deriven de la naturaleza de las cosas o que de otro modo resulten convincentes»* BVerfG 10, 234).

La competencia para conceder amnistías corresponde generalmente al poder legislativo, por habilitación constitucional expresa, y, en este caso, son necesarias mayorías especiales: en Italia (una ley de amnistía requiere una mayoría de 2/3 de cada Cámara), en Grecia (180 de 300 diputados (3/5)), en Turquía (una mayoría de 3/5 de los Asamblea) y en Chile (mayoría de 2/3 en caso de terrorismo). En una minoría de países, como en Rumanía, las leyes de amnistía son leyes orgánicas, es decir, no precisan gozar del respaldo de una mayoría reforzada sino solo la aprobación de la mayoría de los miembros de la Cámara (punto 49 de la Opinión de la Comisión de Venecia) pero es la propia Constitución de Rumanía la que consagra esta potestad de amnistiar por ley orgánica entre los poderes del Parlamento (artículo 73.3 i), a diferencia de lo que sucede con la Constitución española, que no regula la amnistía entre las materias propias de regulación por ley orgánica, explícitamente enumeradas en el artículo 81.

Todo lo anterior revela la existencia de un consenso suficiente entre los poderes constituyentes de los Estados de nuestro entorno **sobre la necesidad de residenciar explícitamente en normas de rango constitucional la facultad de conceder amnistías** para que pueda entenderse comprendida dentro de las



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

competencias del Parlamento sin tener que realizar deducciones implícitas, a la par que se aprueban por mayorías reforzadas, incluso superiores a la absoluta; o, en defecto de constitucionalización expresa, se exige, en todo caso, por la jurisprudencia constitucional, que no se trate de una ley singular, que es precisamente el carácter de la iniciativa que ahora el Senado se dispone a tramitar. Y ha de destacarse que la existencia de poderes o potestades implícitas tampoco está acreditada en este caso, pues no existe una posible vinculación por la vía de lo implícito o relacionado entre la elaboración y la aprobación de la ley y la amnistía, al ser instituciones completamente heterogéneas.

Aunque no se puede ignorar que existen otros posicionamientos doctrinales que interpretan la expresión “*no se constitucionaliza la amnistía*” en el sentido de que se deja la regulación de la misma al legislador penal. Se dice, por esta posición doctrinal, que la amnistía no requiere una habilitación constitucional expresa y que amnistiar es una facultad intrínseca del legislador penal. Consideran que la amnistía es una derogación retroactiva favorable de la ley penal y como tal norma derogatoria el competente para acordarla es el mismo órgano que lo es para tipificar la infracción amnistiada: el legislador (teoría del *actus contrarius*).

En esta misma línea, otros autores parten de la caracterización de la amnistía como una “derogación retroactiva de normas”, como así lo ha venido a decir el Tribunal Constitucional (en relación con la legislación de amnistía producida en el tránsito de la dictadura franquista a la democracia), y consideran que no haría falta que su regulación en la ley ni que la Constitución la cite, pues su régimen jurídico se deduce del propio artículo 9.3 de la Constitución que permite este efecto retroactivo de las leyes sancionadores favorables, a *sensu contrario*, lo cual se recoge en el artículo 2.2 del Código Penal.

Sin embargo, la amnistía no es una ley, en sentido material, porque es un acto de suspensión de la vigencia de otra ley, el Código Penal. Como la jurisprudencia admite que el contenido de la ley sea un acto, es una ley formal, pero no lo es en sentido material, de creación, modificación o eliminación de relaciones jurídicas. En términos de reserva normativa, la amnistía no constituye reserva de ley más que si la Constitución expresamente así lo contempla. Se trata de una reserva material no de ley, sino de Constitución, porque supone la excepción al deber de cumplimiento del Derecho Penal (*última ratio* de los medios de control social) y por los derechos fundamentales a cuyo contenido esencial afecta.

De hecho, ya se ha indicado que nuestro derecho constitucional histórico habla de “otorgar” (no “aprobar”) amnistías. Si la Constitución la establece, y solo en este caso, la amnistía sería una competencia del parlamento, independiente y



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

totalmente distinta de la legislación ordinaria; una exclusión de la antijuridicidad de una serie de acciones (los hechos amnistiados), una derogación temporal de la vigencia de la ley penal con efectos retroactivos, es decir, un acto de contrario imperio, que, en razón a determinadas circunstancias (un móvil o finalidad perseguida al realizar los elementos del tipo), excepciona la aplicación de la norma penal para hechos ya acaecidos, sin efectos hacia el futuro, los cuales solo podrían lograrse mediante la modificación expresa del tipo penal, que, sin embargo, no se produce en la amnistía.

La amnistía es una disposición contraria al deber de cumplimiento establecido en el artículo 9.1 de la Constitución. Por tanto, si no está constitucionalmente establecida en este artículo o en otro, en relación con el anterior, es inconstitucional, porque solamente una norma constitucional puede salvar la contradicción, ya que la ley no puede alterar, integrar o interpretar abstractamente la Constitución, según la STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 4): *“Las Cortes Generales, como titulares «de la potestad legislativa del Estado» (art. 66.2 de la Constitución), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente”*.

A nuestro juicio, esta falta de una clara y expresa remisión de la Constitución al legislador, impide que éste pueda legislar sobre la misma.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de un modo directo sobre la constitucionalidad de la amnistía como figura jurídica general, pues sus anteriores Sentencias sobre la amnistía – STC 28/1982, 63/1983, 122/1984, 437/1985, 76/1986, 147/1986, 116/1987, 361/1993- abordan otros aspectos.

Por todo lo dicho, debe concluirse que la iniciativa que se recibe en este momento en el Senado para su tramitación como Proposición de Ley Orgánica es, en realidad, una reforma constitucional encubierta o un fraude constitucional o un producto normativo imposible, pues para otorgar una amnistía como la que se pretende sería necesario que previamente se reformara la Constitución para prever expresamente la posibilidad de que las Cortes Generales otorguen amnistías, bien mediante un acto no legislativo como en las antiguas enmiendas 504 y 744 al Anteproyecto de Constitución o como en la Constitución de 1931, modificando para ello el artículo 66.2; o bien mediante ley, incluyendo en el



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

artículo 62 i) la posibilidad de que se podrán conceder amnistías por ley como en la Constitución de 1869.

Es sabido que el Senado ocupa una posición constitucionalmente diferente en el procedimiento legislativo y en el de reforma constitucional. En el primero, la Constitución, en su artículo 90, configura a la Cámara Alta como una Cámara de segunda lectura, lo que implica que su Mesa no puede realizar un nuevo trámite de calificación y admisión de la iniciativa, sino que debe someterla a la deliberación de la Cámara. Debe tramitar la iniciativa en unos plazos preclusivos que no pueden exceder de los dos meses. Si toma la decisión de interponer un veto, el Congreso puede levantarlo por mayoría absoluta o bien, dejando transcurrir dos meses, por mayoría simple. Si aprueba enmiendas, las modificaciones introducidas en el Senado vuelven a ser objeto de debate y votación en el Pleno del Congreso, que, si lo estima oportuno, puede incluso no aprobar ninguna, dejando el texto en los mismos términos en que fue en su día aprobado por esta Cámara. Si el Senado no realiza ninguna de las dos operaciones que el artículo 90 de la Constitución le faculta para llevar a cabo, vetar o enmendar, de acuerdo con la STC 97/2002 de 25 de abril (caso *Ses Salines*), el Dictamen aprobado por el Pleno del Congreso se traslada a la Presidencia del Gobierno, para la sanción real. En conclusión, en el procedimiento legislativo, la voluntad del Senado queda completamente supeditada a lo que decida, a la vista de la misma, el Congreso, en lo que se refiere a la versión final del texto de la ley.

Sin embargo, la posición del Senado es completamente distinta en el procedimiento de reforma constitucional en el que existe un bicameralismo perfecto, diseñado en nuestra Constitución (artículos 167-168) de conformidad con lo establecido en la tradición de nuestro constitucionalismo histórico y en la línea de lo que se establece en el derecho comparado de nuestro entorno. Esto se traduce en que las mayorías necesarias en el Senado para sustanciar la reforma constitucional, en líneas generales, son idénticas que las exigidas en el Congreso, se trate de una reforma ordinaria (mayoría de tres quintos) o una reforma agravada (mayoría de dos tercios). En el caso de la reforma ordinaria (artículo 167) si no se consigue acuerdo en el texto en ambas Cámaras, se prevé, para dirimir el conflicto, la creación de una Comisión mixta, paritaria, de miembros de ambas Cámaras, que presentarán un texto consensuado a los respectivos Plenos, los cuales deberán aprobarla por mayoría de tres quintos, o bien, si se obtuviera en el Senado, al menos, la mayoría absoluta a favor, la mayoría requerida en Congreso sería la de dos tercios. Además, el artículo 167 de la Constitución prevé que, si así lo solicita una décima parte de los miembros



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

de cualquiera de las Cámaras en los quince días siguientes a su aprobación, el texto sea sometido a referéndum para que el cuerpo electoral lo ratifique.

En el caso de la reforma agravada, que el artículo 168 establece para modificar, entre otras materias, el título preliminar (dentro del que se encuentra el deber de sujeción a la Constitución establecido en el artículo 9, anteriormente referenciado) y la sección primera del Capítulo segundo del Título Primero (de los derechos fundamentales y las libertades públicas (artículos 15 a 29), las mayorías requeridas son, en favor del principio de reforma, de 2/3 en cada Cámara, con posterior disolución de las Cortes, convocatoria de nuevas elecciones, debiendo las nuevas Cámaras habidas tras el proceso electoral pronunciarse sobre el texto final de la reforma por mayoría de dos tercios, respectivamente, y el cuerpo electoral en referéndum, en este caso, obligatorio.

De lo anterior cabe concluir que el derecho fundamental de representación política de los Senadores y Senadoras (*ius in officium*) consagrado en el artículo 23 de la Constitución, tiene un contenido esencial distinto según se trate de tramitar en la Cámara Alta un procedimiento legislativo o un procedimiento de reforma constitucional, y que resulta directamente vulnerado si se pretende que la Cámara tramite un procedimiento legislativo cuando en realidad debería estar tramitando una reforma constitucional, o, dicho de otro modo, si la Cámara Alta se ve obligada a tramitar una reforma constitucional encubierta en un procedimiento legislativo orgánico, sin perder de vista que contraería una responsabilidad jurídica evidente, lo que es imprescindible poner de manifiesto y advertir en este trámite. La vulneración de este derecho fundamental conlleva, de modo inexorable, la vulneración de los derechos fundamentales al sufragio activo (artículo 23 de la Constitución) de toda la ciudadanía que conforma el cuerpo electoral, no solo porque sus representantes en la Cámara Alta no pueden participar del procedimiento de aprobación normativa con las mayorías necesarias para llevarlo a cabo, sino porque, además, se ven excluidos del referéndum, cuya convocatoria es posible u obligada, según el procedimiento de reforma constitucional, ordinario o agravado, de que se trate.

Esta conclusión encuentra también apoyo en la citada Opinión de la Comisión de Venecia (punto 93) que, sin pronunciarse sobre su constitucionalidad, pues no es su ámbito de competencia, señala que *“la viva controversia que ha suscitado este asunto sugiere que sería preferible, llegado el momento, regular este asunto explícitamente mediante una enmienda constitucional”*. Asimismo, en la última conclusión de su opinión (punto 127) señaló, ante la forma de proposición de ley, procedimiento que prescinde de informes y consultas al público, a las partes interesadas y a otras instituciones estatales, y que además



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

siguió un procedimiento de urgencia, que *“la proposición de ley de amnistía ha provocado una profunda y virulenta división en la clase política, en las instituciones, en el poder judicial, en el mundo académico y en la sociedad de España”* por lo que *“la Comisión anima a todas las autoridades y formaciones políticas españolas a que se tomen el tiempo necesario para entablar un diálogo significativo en un espíritu de leal cooperación entre las instituciones estatales, así como entre la mayoría y la oposición, con el fin de lograr la reconciliación social y política, y considerar la exploración de procedimientos de justicia restaurativa”*. En la versión final de la Opinión, en este punto se añade: “A la vista de las consideraciones sobre la conveniencia de que la aprobación de las amnistías se realice por una adecuada mayoría cualificada amplia, la Comisión recomienda a las autoridades (aunque la ley de amnistía, como ley orgánica, pueda ser aprobada por mayoría absoluta y la Constitución no contempla mayorías cualificadas más elevadas) que intenten alcanzar una mayoría cualificada más extensa.” Asimismo, señaló en el punto 62, que fue objeto de modificación expresa en su aprobación final, respecto del proyecto de Opinión, que: *“la Comisión de Venecia considera que, en la medida en que la amnistía pueda tener unos efectos altamente divisorios en la sociedad, el parlamento debería esforzarse en aprobarla por una adecuada y amplia mayoría cualificada”*. Esta recomendación está lejos de cumplirse, pues la amplia mayoría cualificada a la que la Comisión de Venecia hace referencia solo se exige, en el derecho constitucional interno, (respecto del cual la Comisión de Venecia no tiene competencia para pronunciarse) para el procedimiento de reforma de la Constitución (artículos 167 y 168 de la Carta Magna y concordantes de los Reglamentos de ambas Cámaras); mayoría que, por supuesto, dista, con mucho, del resultado de la votación de aprobación del Dictamen del Pleno del Congreso en su sesión del día 14 de marzo por una exigua mayoría (apenas los 7 votos de la formación política Junts per Catalunya es lo que viene arrojando el balance final entre aprobación y rechazo, como tónica habitual a lo largo de toda su tramitación parlamentaria).

Todo lo anterior corrobora la idea de que el presente procedimiento debe instrumentarse a través de una proposición de reforma constitucional, no mediante un procedimiento legislativo declarado urgente, o, dicho de otro modo, que la presente iniciativa es inconstitucional a menos que se aborde previamente la reforma constitucional que residencie en el Parlamento el poder de otorgar amnistías. Un procedimiento de reforma constitucional que se tramite con el suficiente grado de sosiego y de información pública, si es que se quiere realmente lograr la reconciliación social y política, y que se apruebe por mayorías cualificadas en ambas Cámaras y con un posible recurso al referéndum de



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

ratificación por la ciudadanía, que posibilite a este instrumento alcanzar los fines de normalización y cohesión social que se proclaman en su título y en su exposición de motivos.

2. Vulneraciones constitucionales

Adicionalmente a la anterior objeción, que no es menor, la Proposición de Ley se debe someter, en todo caso, a los límites materiales que se deducen de la Constitución, así como a los límites formales del propio instrumento normativo en que se contenga. Existen, en este ámbito, vulneraciones adicionales.

Por cuestiones sistemáticas, analizaremos, por separado, vulneraciones materiales y formales, si bien, como se verá, unas vulneraciones llevan a otras y están todas relacionadas.

2.1. Vulneraciones materiales

La Proposición de Ley incurriría en motivos de inconstitucionalidad por vulnerar varios principios, valores y derechos fundamentales que se contienen en la Constitución:

- Valor superior de la justicia (artículo 1.1) y principio de separación de poderes. Invasión del ejercicio de la función jurisdiccional (artículos 66.2 y 117.1 y 3) y derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1).
- Valor superior de la igualdad (artículo 1.1), principio de igualdad (artículo 9.2) y derecho fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 14).
- Derecho fundamental a la libertad ideológica (artículo 16).
- Principios de seguridad jurídica y legalidad penal (artículos 9.3 y 25.1) y derecho fundamental a la libertad y a la seguridad (artículo 17.1 de la Constitución).
- Derecho fundamental al ejercicio de la función representativa (artículo 23).

a) **Vulneración del valor superior de la justicia (artículo 1.1) y del principio de separación de poderes. Invasión del ejercicio de la función jurisdiccional (artículos 66.2 y 117.1 y 3). Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1)**

La amnistía contemplada en la Proposición de Ley vulnera el principio de separación de poderes porque da lugar a una injerencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida en exclusiva a los Jueces y Magistrados (artículo 117.1 y 3 de la Constitución) y la obligación de cumplimiento de las sentencias



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

firmes que dimana del artículo 118 de la Constitución, en cuanto supone una suspensión de dicha potestad, lo que no puede hacerse en ausencia de un reconocimiento constitucional expreso de la potestad de amnistiar concedida al Parlamento. En idéntico sentido, vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales (artículo 24.1 de la Constitución). Ello se refleja, además de en el artículo 1, en los artículos 3 y 4 de la Proposición de Ley, en los que se establece, entre otras cosas, la inmediata puesta en libertad de las personas amnistiadas, que quedarán sin efecto las órdenes de busca y captura y de ingreso en prisión nacionales o internacionales y que se alzarán las medidas cautelares “que hubieran sido adoptadas por las acciones u omisiones comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley, con la única salvedad de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2”.

Es cierto que en el primer Dictamen fue eliminada en este precepto la anterior referencia que alzaba las medida cautelares *“incluso cuando tenga lugar el planteamiento de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad contra la presente ley o alguna de sus disposiciones”*, lo cual resultaba contrario al artículo 165 de la Constitución en relación con la STC 72/1984, que prohíbe la normación parcial de esta materia para la que la Constitución establece unidad de legislación, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, se deja una puerta abierta a que se alcen estas medidas cautelares en procesos constitucionales, a través de la nueva advertencia que en el segundo Dictamen de la Comisión de Justicia se ha introducido en el Preámbulo (apartado V), pues, tras justificar que los órganos judiciales pueden alzarlas, añade que *“Esta previsión es coherente con el régimen establecido para la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la Constitución y la cuestión prejudicial del artículo 267 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y, además, cabe recordar que el eventual planteamiento de los mecanismos regulados en estos preceptos no afecta a la vigencia o eficacia de las leyes”*.

La culminación de la derogación de la función jurisdiccional se contiene en el artículo 11 que, finalmente, obliga al juez que tramite causas penales afectadas por la amnistía a dictar el auto de sobreseimiento libre. La Comisión de Venecia, en el punto 81 de su Opinión, señala que *“Para ser compatibles con el principio de separación de poderes, las amnistías no deberían eliminar por completo la autoridad del poder judicial”*, lo que debe verse en relación con lo establecido en el punto 104, que resultó modificado en el trámite de aprobación final de la Opinión: *“Mientras la decisión sobre si el individuo se beneficia de la amnistía la tome el juez (sobre la base de los criterios generales contenidos en la amnistía), y el alzamiento del arresto, detención y medidas cautelares sean consecuencia*



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

de dicha decisión judicial, en opinión de la Comisión no existe ninguna cuestión de separación de poderes”.

Al respecto cabe señalar que la invasión de las atribuciones reservadas en exclusiva a los jueces y magistrados por parte del parlamento no solo se produce cuando el parlamento determina nominalmente a quién se debe amnistiar (como señaló la Comisión de Venecia en su Opinión sobre la Ley de Amnistía de Georgia, CLD-AD (2013) 009), sino que también puede producirse cuando se produzca una reducción del margen de discrecionalidad del órgano jurisdiccional que suponga su completa desaparición, que es lo que se ha venido operando en el trámite de enmiendas con mandatos al poder judicial tan intensos como, a título de ejemplo, los siguientes: art. 4. a) (nuevo): *“Asimismo, acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real que hubieran sido adoptadas por las acciones u omisiones comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley, con la única salvedad de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2.”*; Art. 4, b) (nuevo) *“El órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dejar sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención”* o el nuevo artículo 11.8: *“El alzamiento de cualesquiera medidas cautelares, incluidas las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión, así como de las órdenes de detención, corresponderá al órgano judicial que, en cada momento, venga conociendo de la causa”*, lo que también invade el ámbito de la orden europea de detención, que implica a los órganos jurisdiccionales en tanto garantes del derecho de la Unión Europea.

Las citadas Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia del Congreso ya advirtieron que el contenido material de la iniciativa *“podría constituir ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuida por el artículo 117.3 de la Constitución en términos taxativos «exclusivamente a los juzgados y tribunales»”*.

Esa observación constituye otra impugnación total de la competencia objetiva de las Cortes, pues la exclusividad de la función jurisdiccional es exclusiva y excluyente, impugnación si cabe más grave incluso que la referida a la carencia de una competencia reconocida en la Constitución para legislar sobre la amnistía. La función jurisdiccional no se comparte y en ella no tiene juego alguno la responsabilidad política o la confianza parlamentaria, sino un criterio completamente diferente, la estricta sujeción al imperio de la ley a que se refiere el artículo 117.1 de la Constitución. No cabe actividad jurisdiccional alguna por las Cámaras, a través de la forma de ley, lo que se consagró, ya en el origen del



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

constitucionalismo liberal, en la Constitución norteamericana de 1787 -Sección Novena, apartado 3- al prohibir los llamados *bills of attainder*, o actos de acusación o proscripción como consecuencia de procedimientos dirigidos o inspirados por el Congreso.

Es cierto que la amnistía se ha usado a lo largo de la historia, remontándose los historiadores hasta el Código de Hammurabi, aunque ya en el constitucionalismo moderno se configuró como un poder de perdón propio de las monarquías absolutas, identificadas con la idea de justicia, sin que entonces planteara un problema de división de poderes dada la concentración de todos ellos en la persona del rey, único titular de la soberanía. El artículo 62 i) supone un residuo de los poderes de prerrogativa regios y la versión actual de la figura, si bien ahora ajustada a los parámetros de la monarquía parlamentaria, siendo el Gobierno quien en realidad ejerce materialmente esta función como parte de su función de dirección de la política interior.

Según una posición doctrinal la amnistía que ahora se plantea no vulnera la división de poderes ni invade la potestad jurisdiccional de los Jueces y Magistrados. Esta opinión no tiene en cuenta las circunstancias de hecho que han de justificar un proceso de perdón general, sino que solo atienden a un argumento puramente legal. Dicen que, conforme al artículo 117.1 de la Constitución, la función jurisdiccional se ejerce por los Jueces y Magistrados “sometidos únicamente al imperio de ley”, por lo que es posible que una ley, la ley de amnistía, afecte legítimamente al ejercicio de su función jurisdiccional.

Este tipo de argumentación es muy discutible, pues cuando la Constitución alude a que se someten únicamente al imperio de ley, lo cual es cierto, no por ello se convalida que quedan sujetos a la posible ley que invada sus funciones, sino que tendrán ser leyes respetuosas con su función y el principio de separación de poderes. Si este argumento se aplicara con carácter general en cada caso que la Constitución dice que un órgano actúa conforme a la ley, no haría falta valorar la constitucionalidad de ninguna ley, pues bastaría que la Constitución proclamara esa sujeción para considerar que ese órgano debe acatarla, sin poderse plantear si es no constitucional. En este sentido debe entenderse la Opinión de la Comisión de Venecia en su punto 61: “Las amnistías, sean aprobadas por ley, o por otras decisiones o actos del parlamento, o por decisiones del poder ejecutivo, con o sin participación parlamentaria, deben cumplir con la Constitución”.

En el marco constitucional actual, para que quede justificada la injerencia en la función jurisdiccional, el ejercicio de la amnistía, como cualquier potestad pública



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

atribuida en este caso al Gobierno, debe ejercerse con arreglo a ese marco constitucional (artículo 9.1 de la Constitución).

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la amnistía ha perfilado, como característica de la misma, que es una figura excepcional que responde a un cambio de orden político inspirado en nuevos valores. Así la STC 63/1983 y con mayor rotundidad en la STC 147/1986, que expresa en su fundamento jurídico 2: *“Como ya ha tenido ocasión de afirmar este Tribunal, la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa –en sentido amplio– que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consideración de los nuevos valores a los que sirve (...)”*.

Así, la Ley de amnistía de 1977 se justificó, en ese sentido, por el cambio de la dictadura a la democracia.

Asimismo, la literatura internacional ha estudiado esta figura y para referirse a estos procesos de perdón en situaciones de cambio de régimen se habla de “justicia transicional” (Kai Ambos, Francisco Cortes Rodás, John Zuluaga Taborda). Como se dice en su obra *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, *“la idea de justicia transicional puede definirse como la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizada por las respuestas legales para confrontar los daños de los regímenes represivos anteriores o de un conflicto armado interno”* y *“comprende cuatro componentes: justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición”*. Aporta una reflexión que es importante también para nuestro caso: *“La justicia transicional debe ser comprendida como justicia porque surge en determinados momentos políticos de crisis o de transición, y tiene que resolver la difícil tarea de encontrar un punto de equilibrio entre quienes reclaman desde la justicia retributiva castigar a todos los criminales y quienes reclaman impunidad absoluta y pretenden que no haya ningún tipo de castigo”*.

Como ellos estudian, *“la justicia transicional surgió en los juicios de Núremberg como nueva concepción de justicia y se desarrolló más profundamente en las décadas de 1980 y 1990 con el fin de ofrecer diferentes alternativas a los procesos de reconstrucción de la democracia en sociedades que buscaban salir de dictaduras -como Argentina y Chile-, de guerras civiles -como El Salvador y Guatemala- o de un régimen represivo y excluyente -como Sudáfrica-”*.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

La conclusión, considerando esta literatura especializada, es que en este caso no concurren estas circunstancias justificadoras de la amnistía como proceso de justicia transicional. No se da en este momento un cambio de régimen, un proceso de reconstrucción de la democracia o la salida de un conflicto tal como se entiende este concepto en esta literatura (dictaduras, guerras civiles, regímenes represivos no democráticos). Ni es, tampoco, el caso de la España posfranquista o de Chile o Argentina al salir de sus dictaduras. La amnistía solo procede ante un derecho injusto, y no lo es, por principio, el emanado durante la vigencia de una Constitución democrática, salvo que el Tribunal Constitucional lo hubiera anulado, previamente, por inconstitucional. Por eso la amnistía solo tiene sentido en el tránsito entre una dictadura y una democracia, o en los pactos de reconciliación, de paz o de concordia, que pongan fin a una guerra civil, condiciones que concurren en España al dictarse la Ley de amnistía de 1977.

b) Vulneración del valor superior de la igualdad (artículo 1.1), del principio de igualdad (artículo 9.2) y del derecho fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 14)

El trato de favor de los amnistiados vulnera el principio de igualdad al poner en peor situación (discriminar) a aquellos condenados por los mismos delitos que los beneficiarios de la amnistía. La discriminación se introduce porque se trata favorablemente a un determinado grupo solo por su conexión con determinados hechos ocurridos en Cataluña.

En este punto, se evidencia que puede darse una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, conforme es interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como fundamento para el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante dicho Tribunal. El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe toda discriminación, *“y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”*. Por su parte, el artículo 20 de la Carta establece que todas las personas son iguales ante la ley.

En este caso, se deberá dilucidar por los tribunales que enjuicien la norma si realmente el trato distinto está justificado. Recordemos que la formulación del principio de igualdad en el Derecho europeo, tal y como ha sido formulado y sostenido en la doctrina del TJUE sería la siguiente: *“el principio general de igualdad exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y*



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado” (STJUE de 21 de julio de 2011, Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal, C-21/10, Rec. 2011 p. I-6769, ap. 47; de 12 de mayo de 2011, Gran Ducado de Luxemburgo c. Parlamento y Consejo, C-176/09, Rec. 2011 p. I-3727, ap. 31; de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión, C-550/07 P, Rec. 2010 p. I-08301, ap. 55; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique y Lorraine y otros, C-127/07, Rec. p. I-9895, ap. 23; de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05, Rec. 2007 p. I-03633, ap. 56; y de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, ap. 95).

En el punto 97 de su Opinión, la Comisión de Venecia recuerda que una amnistía es una medida impersonal que se aplica a todas las personas o a una clase de personas, y los criterios para su aplicación no deben diseñarse para cubrir a individuos específicos. En este punto no puede por menos que hacerse una llamada de atención en relación con el proceso en que han ido introduciéndose las enmiendas, que va ampliando el objeto de la amnistía, tanto material como temporalmente, para conseguir, en la versión final del texto de la norma, la impunidad de los delitos que se consideran necesarios para que pueda cerrarse la negociación. Así, en el primer Dictamen de la Comisión se introdujo la amnistía de delitos de terrorismo que no se encuentren en este supuesto de exclusión (art. 2 d) (antes c) *“Los actos tipificados como delitos de terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal que hayan consistido en la comisión de alguna de las conductas comprendidas en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, siempre y cuando, de forma manifiesta y con intención directa, hayan causado violaciones graves de derechos humanos, en particular, las previstas en el artículo 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario*”. En el mismo sentido, seguía viva y se votó en la sesión plenaria del día 30 de enero, por ejemplo, la enmienda 29 al artículo 2 que proponía suprimir de los delitos excluidos de la amnistía los actos tipificados como delitos de terrorismo.

O la enmienda 25 al artículo 1 de Junts que, en la fase de segundo Dictamen, quedó viva ante la Comisión de Justicia, y proponía ampliar el plazo de comisión de los delitos amnistiados dando comienzo el mismo 1 de noviembre de 2011 en lugar del 1 de enero de 2012 y que forma parte de la ley como resultado de las enmiendas transaccionales que se introdujeron en el segundo Dictamen de la Comisión de Justicia. En estas condiciones es posible inferir que todo el



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

esquema negociador ha girado en torno a la inclusión de determinadas personas en el ámbito de aplicación de esta futura ley.

Lo anterior se evidencia especialmente tras conocerse la Opinión de la Comisión de Venecia que, en su versión aprobada con modificaciones, tras conocerse el Dictamen del Pleno del Congreso aprobado el día 14 de marzo, hizo notar (punto 124) que “la reciente extensión del ámbito temporal de aplicación de la amnistía en dos meses sin justificación alguna aumenta la preocupación”, por lo que recomienda, una vez más, estrechar y definir en forma más precisa el ámbito de aplicación de la amnistía.

c) Vulneración del derecho fundamental de libertad ideológica (artículo 16)

Esta vulneración está íntimamente relacionada con la anterior.

Es imposible amnistiar sin discriminar y esa discriminación puede afectar a una de las llamadas en derecho comparado “libertades preferentes”, la libertad ideológica consagrada en el artículo 16 de la Constitución, si, como es el caso, el móvil exoneratorio consiste en “*la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña*”, o en “*la intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas que tuvieron lugar en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017*”, o “*con el propósito de mostrar apoyo a los objetivos y fines descritos en las letras precedentes o a los encausados o condenados por la ejecución de cualesquiera de los delitos comprendidos en el presente artículo*” (artículos 1.1 apartados a) y b), d) de la Proposición de Ley Orgánica).

Se trata de una discriminación operada en la misma ley entre ciudadanos que poseen una ideología, para los que se alza o suspende la aplicación del Código Penal, y los de otra, para los que la ley penal es de obligado cumplimiento. Se trata de una discriminación operada en la misma ley y por la misma ley entre ciudadanos que han invocado una ideología, la del móvil que fija arbitrariamente la ley, de un lado, y de otro los que tienen otra diferente, o simplemente no quieren tener ideología alguna en ejercicio de su libertad o se niegan a declararla. Para los primeros se alza o suspende la aplicación del Código Penal, y para los segundos la ley penal es de obligado cumplimiento. No se trata de una mera diferencia de trato, sino de la prosecución de un procedimiento penal que puede acabar en una condena. Por otra parte, las “intenciones” son difícilmente objetivables, salvo que se identifiquen, como en el texto de la iniciativa, con conductas tipificadas como delitos, faltas o infracciones administrativas, lo que es en sí mismo distorsionador de la dogmática y de la aplicación uniforme del



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

derecho sancionador, que requiere de la distinción entre la acción típica y la intención, móvil o finalidad, básica para apreciar el dolo o culpa en la gradación de la responsabilidad, confundiendo en el texto dos elementos del delito como son la acción y la culpabilidad, lo cual está relacionado con la siguiente vulneración.

d) Vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal (artículos 9.3 y 25.1) y del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad (artículo 17.1 de la Constitución).

La vulneración de la seguridad jurídica tiene que ver, como ya se indicó en las Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia del Congreso, con la indeterminación con la que se configura la amnistía, tanto su objeto -porque los delitos que se amnistían se formulan de manera abierta al utilizarse la expresión "*así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad*"-, como por su sujeto (personas beneficiadas) y su ámbito temporal que a medida que avanza la tramitación en el Congreso se van ampliando y dejan de estar relacionados con el motivo de la amnistía, por lo que se va diluyendo la justificación.

La exigencia de la *lex certa* se hace especialmente sensible en el Derecho Penal, donde rige el principio de legalidad penal y tipicidad (artículo 25.1 de la Constitución y artículos 1 y 2 del Código Penal). Podríamos decir que, del mismo modo que se exige la certeza para tipificar (la taxatividad), se ha de exigir para des-tipificar. El artículo 1 de la Proposición de Ley incumple esta exigencia de taxatividad. Seguramente la situación que se va a plantear a los jueces que tengan que tratar sobre causas afectadas por la amnistía va a ser muy compleja, ante la indeterminación con la que ésta se formula.

Así, por ejemplo, el artículo 1 (tal como finalmente ha quedado redactado tras ser modificado en la Comisión), sigue adoleciendo de indeterminación, contraria al principio de legalidad penal y seguridad jurídica pues precisamente pone de manifiesto que los delitos que se amnistían se formulan de manera abierta al utilizarse la expresión "*así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad*"-, como por su sujeto (personas beneficiadas) y su ámbito temporal también queda indeterminado "*Quedan amnistiados los siguientes actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de enero de 2012 y 13 de noviembre de 2023, así como las siguientes acciones ejecutadas*



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas o hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración". No se alcanza a ver la conexión o la limitación temporal de la medida, si no hay fecha límite hacia el futuro o se amnistían cualesquiera acciones aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas.

Sigue existiendo, por ello, una definición abierta e indeterminada del presupuesto de hecho que debe darse para considerar que estamos ante una actuación amnistiable: "*Quedan amnistiadas (...) las actuaciones ejecutadas entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas o hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración*". Una fórmula de aplicación de la amnistía de este tipo tan abierta e indeterminada que no define de forma específica las acciones y que ni siquiera exige la relación con el hecho determinante, lo único que pone de manifiesto es que se quiere incluir dentro de la misma todos los posibles supuestos que puedan resultar dudosos, más allá de su relación con el proceso o de las fechas de su realización. La descripción de las actuaciones que pueden ser objeto de amnistía que se realiza en las letras a) a f) del artículo 1.1 de la Proposición de Ley es igualmente harto genérica, como se pone de manifiesto por el abuso de las expresiones "*así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad*" (letras a, b), "*así como cualesquiera otros actos tipificados como delitos realizados con idéntica intención*" (letra c) o "*así como cualesquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones*", que equivalen a reconocer que la lista de la Proposición de Ley se completa más allá de lo que describe su artículo 1.

Lo mismo cabe decir de las personas amnistiadas. Se trata de una lista "a la carta" que se va ampliando a nuevos sujetos, hasta llegar a la última redacción en el segundo Dictamen de la Comisión, finalmente aprobado por el Pleno del 14 de marzo, que modifica la Exposición de motivos para decir que "*el objetivo de esta norma pasa por finalizar la ejecución de las condenas y los procesos judiciales que afectan a todas las personas, sin excepción, que participaron en el proceso independentista*". Ello en relación con la modificación del ámbito temporal de la amnistía, estableciéndolo ahora desde el 1 de noviembre de 2011 hasta el 13 de noviembre de 2023. Anteriormente, el plazo que se contemplaba comenzaba a contar desde el 1 de enero de 2012, lo que implica incluir bajo el paraguas de la amnistía las primeras reuniones de la cúpula de Convergència para poner en marcha la consulta ilegal del 9-N de 2014 en una de las cuales participaron tres hijos de Jordi Pujol: Jordi, Oriol y Josep.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

En materia de igualdad jurídica, la Comisión de Venecia considera, en el punto 97 de su opinión, que si el vínculo entre *“las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, su preparación o sus consecuencias”* y los actos cubiertos por la amnistía no es lo suficientemente fuerte, la amnistía también podría abarcar a muchos ciudadanos que han cometido delitos comunes que poco o nada tienen que ver con las tensiones sociales que llevaron a la ley de amnistía; esto haría cuestionable la justificación de los privilegios especiales y violaría el principio de igualdad respecto de quienes han cometido los mismos delitos comunes por otras razones o durante diferentes períodos, y no se benefician de la despenalización provocada por la amnistía. Por lo tanto, la Comisión reitera su recomendación de definir de manera más restrictiva y precisa el ámbito de aplicación de la amnistía”. Y en punto 96, que “La falta de claridad y determinación de su ámbito de aplicación conlleva el riesgo de que surjan un número muy elevado de casos y controversias sobre la correcta aplicación de la ley. Esto, a su vez, corre el riesgo de trasladar los conflictos del nivel político al judicial. Este resultado no sería coherente con el propósito de la amnistía como tal”.

Respecto de esta nuclear cuestión, relativa a la tipicidad de la acción penal, que incluso podría amnistiar delitos futuros, en contra de los estándares internacionales en la materia (véase opinión de la Comisión de Venecia punto 81, del que se infiere que no caben amnistías de delitos futuros) tampoco se han depurado los vicios de constitucionalidad denunciados al iniciarse el presente procedimiento legislativo ante el Senado.

En este sentido, se vulnera asimismo el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad (artículo 17.1 de la Constitución). Hay que tener en cuenta también, algo en lo que la Proposición de Ley ni siquiera repara, que la inclusión de la amnistía en las causas de extinción de la responsabilidad penal del citado artículo 130.1 del Código Penal plantea un problema muy grave de Derecho intertemporal, porque no se puede garantizar la aplicación retroactiva de esa nueva causa de extinción a los hechos amnistiados por ella misma, por ser una norma material y procedimental a la vez, que no cumple los requisitos de la retroactividad de la norma más favorable, por su propia naturaleza, lo que constituye un problema adicional, y no el menor precisamente, para la aplicación de la ley. Y una norma sin posibilidad de aplicación efectiva tiene un defecto de construcción insubsanable y es tan inválida como una ley que utiliza la vaguedad o el exceso de intervención.

Todo ello conlleva que quede afectado otro principio que el Derecho de la Unión Europea considera piedra angular, el de seguridad jurídica relativo a la



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

estabilidad y a la confianza en el sistema jurídico que resulta aplicable. La jurisprudencia comunitaria ha manifestado de manera constante que el principio de seguridad jurídica requiere *“una expresión inequívoca que permita a los interesados conocer sus propios derechos y obligaciones de modo claro y preciso”* (TJCE, 30 de enero de 1985, Comisión/Dinamarca (143/83, Rec. 1985, p. 427); TJCE, 28 de octubre de 1999, Comisión/Grecia (C-187/98, Rec. 1999, p. I - 7713).

En otra ocasión, el Tribunal de Justicia ha expresado de forma evidente la íntima vinculación que existe entre el principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad comunitaria, como bases fundamentales de la Comunidad de Derecho, al declarar que el principio de seguridad jurídica, que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, exige que *“la legislación comunitaria debe ser clara y su aplicación previsible para todos los interesados. Dicha exigencia de seguridad jurídica requiere que todo acto destinado a crear efectos jurídicos reciba su fuerza obligatoria de una disposición de Derecho comunitario que debe indicarse expresamente como base legal y que prescribe la forma jurídica que debe revestir el acto”* (TJCE, 16 de junio de 1993, Francia/Comisión (C-325/91, Rec. 1993, p. I - 3283).

Por su parte, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la seguridad jurídica en términos similares. En la STC 14/2021: *“Conforme a la doctrina de este tribunal [sintetizada en las SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9, y 2006/2013, de 5 de diciembre, FJ 8, entre otras y recientemente reiterada en la STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 14 b)], la seguridad jurídica ha de entenderse como la «certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados» (STC 156/1986, de 31 de enero, FJ 1), procurando «la claridad y no la confusión normativa» (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4), así como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho» (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). En definitiva, «solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (SSTC 96/2002, de 25 de abril, FJ 5; 93/2013, de 23 de abril, FJ 10, y 161/2019, de 12 de diciembre, FJ 4, por todas)”*.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

e) Vulneración del derecho fundamental al ejercicio de la función representativa (artículo 23)

Las vulneraciones anteriores, en la medida que se dan en la tramitación de una iniciativa legislativa, así como las que luego se citan en el apartado de vulneraciones formales y las que antes se han relacionado como defectos del procedimiento legislativo, suponen una vulneración del derecho fundamental de representación política de los Senadores en su vertiente de *ius in officium* (artículo 23.2 de la Constitución).

2.2. Vulneraciones formales

Como se ha dicho antes, aun en el supuesto de entender implícita la potestad del Parlamento de otorgar amnistías en ausencia de mención constitucional explícita, ello no significaría, sin más, la atribución de una facultad ilimitada al legislador de la amnistía. Por el contrario, la amnistía debe estar sujeta a ciertas limitaciones propias del orden jurídico en un Estado democrático de Derecho.

a) Ley singular

Entre las limitaciones formales, se encuentra que, si la amnistía ha de ser acordada mediante ley, tal ley deberá reunir la característica principal de la ley que es su generalidad -derivada del propio contenido esencial de la ley- y, en relación ello, la exclusión de tratamiento desigual.

Siempre suponiendo que la Constitución permite otorgar la amnistía mediante ley, el problema formal que plantea la Proposición de Ley es su carácter de ley singular y no general, como han de ser las leyes. A autojustificar su carácter singular, la Exposición de motivos dedica un gran esfuerzo, indicio de las dudas que se plantean.

Las citadas Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia del Congreso también advirtieron de que *“esta iniciativa desbordaría la naturaleza de ley singular”*.

Una ley de amnistía es formalmente una ley singular. Estas incorporan un acto a una ley pero no establecen normas generales sobre una materia. Esta naturaleza jurídica se autoproclama, por ello, en la propia “Ley Orgánica de amnistía” desde su Exposición de motivos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 23 de junio de 1993, corrige la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 111/1983, de 2 de diciembre (caso RUMASA), precisamente en el sentido de excluir la ley singular o de caso del ordenamiento jurídico español porque esto vulnera el artículo 6.1 de la



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Convención Europea de Derechos Humanos. La condena al Estado español por la incomparecencia de los afectados en el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad tiene su origen último en la inexistencia de una vía procesal que permita el acceso directo del ciudadano al Tribunal Constitucional para defenderse de estos actos legislativos de naturaleza administrativa que afectan directamente a sus derechos e intereses legítimos, pues el ciudadano no tiene acceso a los procesos de inconstitucionalidad que se siguen ante el Alto Tribunal, única vía de recurso que existe contra la ley.

El carácter singular de la ley de amnistía incide en las vulneraciones materiales antes comentadas:

- Vulneración del principio de separación de poderes

En este punto es particularmente significativa la interrelación entre la protección de los derechos y la separación de poderes, doble pilar en el que se asentó el constitucionalismo tras las revoluciones liberales, en la conocida afirmación del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789, *“Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*.

El derecho a la igualdad en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva podría quedar lesionado por cuanto la iniciativa posibilita la revisión de sentencias y resoluciones firmes recaídas en procedimientos penales, pues la ley singular o de generalidad reducida solo es constitucionalmente posible cuando su contenido es *“en todo o en parte actividad ejecutiva o de la administración”* (STC 129/2013, de 4 de junio), como lo es en todos los casos de leyes singulares analizados por la jurisprudencia constitucional, lo que no concurre en el presente caso pues la iniciativa intenta la suspensión o el levantamiento de la aplicación de la ley penal, obligando a su ejecución por el poder judicial, que, por lo anterior, puede implicar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuida por el artículo 117.3 de la Constitución en términos taxativos *“exclusivamente a los juzgados y Tribunales”*.

La pretensión de la Proposición de Ley Orgánica de cerrar y cuadrar el círculo de su autoprotección, además de contradecir el carácter general y abstracto de las normas procesales, y de reproducir la sospecha sobre las disposiciones de las leyes que se refieren a sí mismas, entra en conflicto inmediatamente con el artículo 117 de la Constitución, en cuanto la propia Proposición quiere dirigir una instrucción al juez sobre aspectos de su aplicación que son función jurisdiccional.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

- Vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

La generalidad de la ley exige un distanciamiento del poder que dicta las leyes penales respecto de hechos concretos y de personas concretas, para evitar que la formación de la voluntad del órgano parlamentario se lleve a cabo bajo la influencia de esos casos concretos y de personas determinadas, y de la dependencia de intereses que afecten al caso.

La disposición que contenga la amnistía no puede contener trato de favor alguno respecto de las personas vinculadas o no vinculadas al conflicto delimitado a través de tipos penales especificados con ciertos elementos circunstanciales de tiempo, lugar, finalidad o motivación, por lo que no debe existir un trato diferenciado entre “amigos” y “enemigos”, de modo que todas las partes implicadas en el conflicto deben recibir el mismo tratamiento, sin el predominio de una de las partes.

Como pusieron de manifiesto las Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia del Congreso, y este eventual vicio de inconstitucionalidad no ha sido aún depurado en esta fase de la tramitación del procedimiento legislativo que el Senado se dispone a comenzar, “el TC señala «La ley singular solo será compatible con el principio de igualdad *cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y solo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que solo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas*» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11). Dicho de otro modo, la aceptación de una ley singular viene determinada por la concreción de los supuestos de hecho que originan las consecuencias jurídicas en aquella prevista. Por lo que si no concurre esa imprescindible concreción esta proposición de ley podría no quedar amparada por la jurisprudencia constitucional relativa a las leyes singulares y, en consecuencia, vulnerar el principio de igualdad. Desde esta perspectiva, podría quedar desbordado el juicio de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación exigido por este para las leyes singulares (STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 4) (a cuya justificación dedica la exposición de motivos el apartado V) y al propio tiempo, afectado el principio de seguridad jurídica”.

- Vulneración del principio de legalidad penal y seguridad jurídica.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Como también se puso de manifiesto en las Observaciones Técnicas, *“la determinación de supuestos y destinatarios ha de ser especialmente precisa en las leyes singulares para que puedan encuadrarse en esta categoría y en la medida en que constituyen una excepción a la aplicación del ordenamiento jurídico (véase, por ejemplo, STC 134/2019)”*, lo que se incumple por la iniciativa por los motivos ya señalados en el apartado relativo a la vulneración de los principios de legalidad y de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución).

b) Ley orgánica

Pero, además, y no menos importante, junto al problema de la ley singular, hay que plantear la cuestión de si la Constitución exige que la regulación de la amnistía requiera ley orgánica porque lo cierto es que no encontramos en el texto constitucional una remisión expresa a que las amnistías se regulen por ley orgánica, lo que claramente contradice el artículo 81, que enumera los supuestos que integran el ámbito material de la ley orgánica (*“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general”*), incluyendo a continuación una cláusula genérica *“y las demás previstas en la Constitución”*. Por tanto, es necesario una previsión expresa en la Constitución del mandato de regulación de una materia mediante ley orgánica. Al respecto, decir que la amnistía constituya el desarrollo de derecho fundamental alguno es más que discutible, cuando no puede proclamarse la exoneración de la aplicación de la normativa penal como derecho salvo que la ley así lo contemple, y cuando la misma, simultáneamente, comporta la vulneración de los derechos fundamentales anteriormente citados.

La Proposición de Ley, de nuevo, mediante una autojustificación, pretende salvar este inconveniente por la vía de la Exposición de motivos, cuando se refiere en el epígrafe IV a que: *“Cabe subrayar que la amnistía no afecta al principio de separación de poderes ni a la exclusividad de la jurisdicción previsto en el artículo 117 de la Constitución **porque, como reza su propio texto, el Poder Judicial está sometido al imperio de la ley y es precisamente una ley con valor de orgánica** la que, dentro de los parámetros antes expuestos, prevé los supuestos de exención de la responsabilidad, correspondiendo a los jueces y tribunales, así como al Tribunal de Cuentas o a las autoridades administrativas que sigan o hubieran seguido las diligencias, procesos, expedientes y causas a las que afecten los actos amnistiados, su aplicación a cada caso concreto”*.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

No parece suficiente que la Proposición se autoatribuya el carácter de orgánica para ser realmente de naturaleza orgánica. Ni siquiera cita el artículo 122 de la Constitución que se supone sería el precepto que la habilitaría -implícitamente- para ser orgánica, por considerar que afecta a la regulación del Poder Judicial. Dicho artículo 122 remite además a una “ley orgánica del poder judicial”, no a una ley orgánica de la amnistía, por lo que ya de entrada el *nomen iuris* no se respeta; y también sería discutible que se respetase el contenido material de esa ley orgánica del poder judicial que, según dicho artículo, se ciñe a la regulación de solo las siguientes cuestiones “*la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia*”.

¿En cuál de ellas se encuadra la amnistía? Es dudoso que pueda serlo en alguna y, desde luego, la Proposición no lo explica. A nuestro juicio, es claro que la amnistía no tiene nada que ver ni con la composición y gobierno de los Jueces y Magistrados, ni con su estatuto personal y el del personal al servicio de la Administración de Justicia. Forzando mucho, se podría decir que la amnistía podría estar relacionada con el “funcionamiento” en cuanto que afecta al ejercicio de la función jurisdiccional, pero en realidad lo que se regula en la ley orgánica del poder judicial es el funcionamiento de tipo “administrativo” de los órganos jurisdiccionales, no el ejercicio de la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dicha función se regula en leyes ordinarias, como son la Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la Ley reguladora de la Jurisdicción social, etc. Todas estas leyes tienen un único apoyo constitucional, que no es el artículo 122, sino el artículo 117.3: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

Por tanto, si son ordinarias tales leyes que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional, deberá ser también ordinaria la ley de la amnistía que pretende anular tal función realizada.

En consecuencia, el acuerdo de la Mesa del Congreso sería impugnabile no solo por haber calificado como Proposición de Ley lo que es una reforma constitucional encubierta, habiéndose exigido en el Pleno del Congreso mayorías insuficientes para acometer una reforma constitucional, sino, por una ruptura adicional del sistema de fuentes, por la dudosa calificación como



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

orgánica de una iniciativa que no posee tal carácter, sin plantearse siquiera un eventual desglose, si este fuera posible, pues en puridad se trataría de una ampliación indebida e injustificada del artículo 81.1 de la Constitución, lo que, a su vez, provoca el vicio de procedimiento legislativo siendo nulo todo lo actuado por el Congreso y la vulneración del artículo 23 por haberse exigido en el Pleno del Congreso de los Diputados una mayoría absoluta que no se requiere para la aprobación de preceptos de carácter ordinario.

III. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de la Unión Europea se refiere de forma clara al respeto a los valores enunciados en su artículo 2, en tanto que condición de ingreso y como obligación permanente de los Estados miembros. Por tanto, el análisis de constitucionalidad debe complementarse con la perspectiva, propia del constitucionalismo multinivel, de su compatibilidad con los Tratados de la Unión Europea, ampliando lo que ya hemos puesto de manifiesto en el apartado de las vulneraciones constitucionales. Si la Proposición de Ley incumple el Derecho de la Unión Europea está, a su vez, vulnerando el artículo 93 de la Constitución, en virtud del cual este derecho se integra en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Como se señaló en las Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia, y ya antes se ha avanzado, la inclusión del delito de malversación en el ámbito objetivo de aplicación de esta ley y sin perjuicio de la exclusión que el artículo 2 letra f) (antes e) hace de los delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea y, en consecuencia, la extinción de responsabilidad en relación con el delito de malversación que la proposición pretende a través de la amnistía, podría comprometer la armonización y la efectividad de las normas reguladoras de los delitos de esta índole, perseguidas por el Derecho de la Unión Europea. Por un lado, se está vulnerando la Directiva (UE) 2017/1371 (Directiva PIF), cuyo artículo 4.3 establece, como ya indicamos, que *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la malversación, cuando se cometa intencionadamente, constituya una infracción penal”*. Si se amnistía la malversación se está eliminando su consideración como infracción penal, aunque sea para un ámbito temporal y personal limitado y concreto y por tanto se infringe la Directiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de octubre de 2021, Euro Box Promotion y otros ha aplicado los principios de primacía y de efectividad (art. 325 TFUE) en relación con normativa nacional que pueda generar un riesgo sistémico de impunidad de los hechos constitutivos de delitos graves de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión, o de corrupción en general (apartados 192, 212, 213 y conclusiones 2) y 4)); asimismo en sentencia de 25



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

de febrero de 2021, John Dalli contra la Comisión Europea, el Tribunal ha considerado que la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) tiene competencia más allá de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

Ahora bien, la Directiva se refiere no a cualquier malversación sino solo a aquella que suponga el uso de fondos ligados al presupuesto de la Unión. Podría pensarse que al excluirse en el artículo 2 e) de la Proposición “*Los delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea*”, se estaría cumpliendo con la Directiva porque, si en la causa de malversación aparecen fondos públicos europeos, no se aplicaría la amnistía.

Sin embargo, esta conclusión puede no ser correcta. En el caso hipotético de que los delitos del *procés* no hubieran afectado concretamente a fondos europeos, ello podría hacer admisible la amnistía. Pero supondría, en cualquier caso, admitir que los delitos de malversación pueden ser perdonados por razones de interés político, y eso desde luego enlazaría con la anterior vulneración del principio de igualdad, discriminándose al resto de delitos de malversación que no están relacionados con los hechos sucedidos en Cataluña.

La nueva modificación introducida en el segundo Dictamen de la Comisión no afecta a lo dicho, pues solo añade para que la malversación pueda ser amnistiada que no se haya realizado con la intención de enriquecerse, lo cual sigue sin eliminar la duda sobre si es conforme con la Directiva pues el concepto armonizado de malversación (“que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión”) no está condicionado por el hecho de que concurra o no un propósito de enriquecimiento personal.

Respecto de los delitos de terrorismo, el primer Dictamen de la Comisión de Justicia, resultante de una enmienda transaccional sobre la enmienda 36 de ERC, que continúa en idénticos términos en el Dictamen del Pleno del Congreso, modifica el texto originario del artículo 2, letra c) de la Proposición de Ley Orgánica (exclusiones de la aplicación de la amnistía: “c) *Los actos tipificados como delitos de terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, siempre y cuando haya recaído sentencia firme y hayan consistido en la comisión de alguna de las conductas descritas en el artículo 3 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017*”), en el sentido del siguiente texto resultante en la letra d) del mismo artículo: “d) *Los actos tipificados como delitos de terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal que hayan consistido en la comisión de alguna de las conductas comprendidas en la*



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, siempre y cuando, de forma manifiesta y con intención directa, hayan causado violaciones graves de derechos humanos, en particular, las previstas en el artículo 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario”.

Respecto del texto originario, que, por un lado, acotaba el supuesto de exclusión de la amnistía a los delitos de terrorismo tipificados en el Código penal español que consistan en alguna de las conductas descritas en el artículo 3 de la Directiva, y, por otro, lo vinculaba a la circunstancia de que hubiera recaído sentencia firme, las Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, distribuido con ocasión de la convocatoria de la Ponencia que habría de informar la Proposición de Ley, puso de manifiesto que la pretensión de excluir del ámbito de la amnistía los referidos delitos solo cuando hubiera recaído sentencia firme, podía ser contraria a dicha Directiva.

La Directiva citada (cuyo título completo es Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo), cuya transposición al Derecho español se realizó por Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, parte de la consideración de que *“los actos terroristas constituyen una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en los que se basa la Unión (...). También representan uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros y en los que se fundamenta la Unión”* (considerando 2). Desde tal perspectiva, la Directiva busca establecer un marco jurídico común a todos los Estados miembros, basado por un lado, en la necesaria tipificación, en los términos armonizados de la Directiva, de los “delitos de terrorismo” propiamente tales (artículo 3), así como de los “delitos relacionados con un grupo terrorista” (artículo 4) y de los “delitos relacionados con actividades terroristas” (artículos 5 a 12), y, por otro, en la obligación de los Estados miembros de que todos los anteriores delitos *“sean castigados con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias”* (artículo 15.1), sin que se prevea ninguna causa que excepcione tal obligación. Debe repararse a este respecto que la Directiva precisa que los llamados “delitos relacionados con un grupo terrorista” del artículo 4 y los “delitos relacionados con



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

actividades terroristas” de los artículos 5 a 12 serán punibles sin que sea necesario que se cometa efectivamente un propio delito de terrorismo, y, respecto de los de la segunda clase (artículos 5 a 12, menos los del artículo 11) que lo serán sin que sea necesario que guarden relación con otro delito específico de la Directiva. Igualmente, que la Directiva establece la punibilidad de la complicidad, inducción y tentativa en los términos del artículo 14.

La nueva redacción, por un lado, amplía el supuesto de exclusión de la amnistía al comprender los delitos de terrorismo tipificados en el Código penal español que consistan en alguna de las conductas descritas en la Directiva (no solo las de su artículo 3), pero al propio tiempo lo limita al vincularlo al hecho de que *“de forma manifiesta y con intención directa, hayan causado violaciones graves de derechos humanos, en particular, las previstas en el artículo 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario”*. El cambio principal consiste en la sustitución de un criterio procesal (el hecho de que haya o no recaído sentencia firme) por otro sustantivo (basado en la concurrencia o no de un dolo y un resultado específicos) para discriminar, en relación con los delitos de terrorismo, los actos excluidos respecto de los que pueden beneficiarse por la misma. Sin embargo, en cualquiera de las redacciones se infringe la Directiva, en la medida que esta no prevé causa alguna que excepcione la punibilidad en los actos que comprende su definición armonizada.

A su segundo paso por la Comisión, la redacción resultante agrava aún más las dudas de constitucionalidad por la remisión a una norma europea. Se pasa a decir que *“Se excluyen de la amnistía los actos de terrorismo conforme a la Directiva Europea”* y, *“a su vez, hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos”*. La Proposición de Ley pretende evitar la regulación más restrictiva del terrorismo en nuestro Código Penal, mediante la remisión directa a una Directiva que utiliza unos criterios menos amplios para apreciar el terrorismo con la intención de no considerar terrorismo el callejero (caso Tsunami) que sí se considera conforme al Código Penal español. Sin embargo, esta técnica que anula nuestro Código Penal y descodifica nuestro Derecho Penal, no es correcta, pues supone que la tipificación del delito se encuentra antes en la Directiva Europea que en el propio Código Penal español, cuando la Directiva por sí misma no tiene eficacia directa interna si no es incorporada al Código Penal mediante transposición, tratándose además de una Directiva a la que ya no cabe remitirse pues ya fue objeto transposición (está agotada) y lo que ahora se pretende aplicar de la misma no se quiso recoger en nuestro Código Penal.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Al respecto, la Opinión de la Comisión de Venecia, en su versión final, aprobada en la sesión plenaria del 15 de marzo, puso de manifiesto (punto 99, nota a pie de página n. 52) que “La Comisión Europea ha subrayado que la redacción actual del artículo 2c significa que no todos los delitos tipificados por la Directiva [EU 2017/541] relativa a la lucha contra el terrorismo quedan excluidos del ámbito de la amnistía”, lo que sin duda significa que la proposición de ley orgánica de amnistía en su actual redacción no ha conseguido el propósito declarado de alinearse con los estándares del derecho europeo, sino que, por el contrario, ha supuesto una ruptura de la regulación armonizada de este tipo de delitos.

Asimismo, el primer Dictamen de la Comisión aún deja subsistente lo relativo a la intención de dejar sin efecto *“las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención”*, interfiriendo en el ejercicio del poder judicial al obligar al órgano judicial que esté conociendo de la causa a dejar sin efecto las medidas cautelares y órdenes referidas. Ya se ha mencionado que la Comisión de Venecia considera que la separación de poderes está en cuestión si el levantamiento de las medidas cautelares no se desprende de una decisión judicial, y viene obligada directamente por la propia ley (puntos 104 y 125 de la Opinión en su versión última).

Estas normas, agravadas por la enmienda transaccional aprobada en Comisión, son contrarias a la cláusula del Estado de Derecho del artículo 2 del Tratado de Funcionamiento, en su vertiente de división de poderes e independencia judicial, al suponer una orden singular del legislativo (no una ley, con su carácter de norma general) respecto de la forma en que los tribunales deben tramitar un procedimiento por afectar a determinadas personas. Recuérdese, al respecto, la sentencia “caso Polonia contra Comisión”, C-204/21 de junio del pasado año, ante las modificaciones introducidas en la organización judicial. En esa sentencia, el TJUE recuerda a los Estados miembros que *«no pueden adoptar normas que menoscaben la independencia judicial»*. Un principio que sustenta la identidad de la UE que se traduce en *«obligaciones jurídicamente vinculantes de las que los Estados miembros no pueden eximirse invocando disposiciones o jurisprudencia internas, incluidas las de rango constitucional»*.

Desde el punto de vista material, es decir, la amnistía en relación con la impunidad y el servicio público de la Justicia, plantea la cuestión adecuadamente, ya en el Derecho Europeo, aunque de forma muy compacta, la STJUE, (Sala Quinta), de 29 de abril de 2021 al afirmar en su apartado 103, que: *«En particular, al ejercer el margen de apreciación de que dispone, la autoridad*



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

judicial de ejecución debe ponderar, por una parte, la prevención de la impunidad y la lucha contra la delincuencia y, por otra parte, la garantía de la seguridad jurídica de la persona de que se trate, en pro de la consecución del objetivo asignado a la Unión de constituir un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con el artículo 67 TFUE, apartados 1 y 3».

Y añade en su apartado 104: «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4, punto 5, de la Decisión Marco, que supedita la aplicación del motivo de no ejecución facultativa recogido en esa disposición al requisito de que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena, debe interpretarse en el sentido de que dicho requisito se entiende cumplido cuando la persona reclamada ha sido condenada definitivamente por los mismos hechos a una pena privativa de libertad que se ha ejecutado en parte en el tercer Estado en el que se dictó la condena, y queda exonerada del cumplimiento de la pena restante por una autoridad no judicial de dicho Estado en el marco de una medida general de amnistía que se aplica también a condenados por delitos graves y que no se basa en consideraciones objetivas de política penal. Corresponde a la autoridad judicial de ejecución, en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone, ponderar, por una parte, la prevención de la impunidad y la lucha contra la delincuencia y, por otra parte, la garantía de la seguridad jurídica de la persona de que se trate».

Análoga consideración puede hacerse en relación con la categoría de actos excluidos constituida por “los actos tipificados como delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional del Título XXIII del Libro II del Código Penal” [letra f) del artículo 2], que la Proposición de Ley contemplaba inicialmente con tal expresión textual, pero que, a partir del nuevo dictamen aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 7 de marzo de 2024, se ha visto condicionada (la exclusión) con la adición del siguiente inciso: “siempre que se haya producido tanto una amenaza efectiva y real como un uso efectivo de la fuerza en contra de la integridad territorial o la independencia política de España en los términos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas o en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Al margen de que la mencionada Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas -2625 (XXV)-, con la naturaleza que le es propia, contiene una declaración de principios de Derecho Internacional sobre las relaciones entre Estados, y que el primero de ellos se refiere al deber de todo Estado *“de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”* (sin que se cualifique “la amenaza” o “el uso de la fuerza” en los términos en que lo hace la proposición de ley, que habla de “amenaza efectiva y real” y de “uso efectivo de la fuerza”), la condición añadida para que los delitos del Título XIII del Libro II del Código Penal queden excluidos de la amnistía podría también contradecir el propósito de “identificación abstracta” de las exclusiones, en la medida que trasluciera un criterio interpretativo ajeno al marco conceptual y jurisprudencial propio del Código Penal, que pudiera vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la vertiente de ejecución de dicha legalidad que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley, y resultar indiciario de albergar supuestos particulares.

Iguals dudas plantea que queden comprendidos en el ámbito material de la amnistía, *“aquellos tratos que no superen un umbral mínimo de gravedad por no resultar idóneos para humillar o degradar a una persona o mostrar una disminución de su dignidad humana, o para provocar miedo, angustia o inferioridad de una forma capaz de quebrar su resistencia moral y física”*. La utilización de esta referencia a un “umbral mínimo”, completamente a determinar, podría contradecir el propósito declarado en la exposición de motivos (en su redactado conforme al nuevo Dictamen aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados aprobado el 7 de marzo de 2024) de “identificación abstracta de determinadas exclusiones”, que “en ningún caso implica una valoración acerca de la existencia de hechos susceptibles de ser incardinados en cada una de dichas exclusiones” (párrafos cuarto y quinto de la exposición de motivos), en la medida que tales términos pudieran vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la vertiente de ejecución de dicha legalidad que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley, y resultar indiciarios de albergar supuestos particulares.

IV. ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Asimismo, hay que tener en cuenta la responsabilidad internacional que tiene el Estado de enjuiciar y condenar por conductas que fueron delictivas según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, que establece el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual ha sido ratificado por España y constituye criterio de interpretación conforme al artículo 10.2 de la Constitución. Tras decir el apartado 1 que *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*, añade en el apartado 2: *“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”*.

De este precepto se deduce, tal como se entiende, que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas a su alcance para impedir o sancionar efectivamente las graves violaciones de normas internacionales que se hayan producido bajo su jurisdicción.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene una extraordinaria importancia en este caso. En primer lugar, su ámbito geográfico es el más extenso de los conocidos y además cuenta con un específico medio de protección, el Comité de Derechos Humanos. La referencia a la imposibilidad de aplicación de garantías a que se refiere el citado precepto es un aval muy importante para el radical cuestionamiento de la amnistía para delitos determinados, relacionados con el orden público y especialmente con el orden público internacional. La referencia a que los hechos que fueren delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional quedan excluidos de los límites del apartado 1 del artículo 15 es de una trascendencia decisiva porque supone la inconstitucionalidad de la Proposición de Ley de amnistía en relación con el artículo 96 de la Constitución al no respetarse el procedimiento de denuncia de los tratados.

En fin, el problema de constitucionalidad es patente en este punto, si se tiene en cuenta que en la Proposición de ley Orgánica no existe un control de convencionalidad que examine la compatibilidad de la misma con los tratados y convenios sobre derechos humanos suscritos por España en las materias afectadas por la amnistía. En este punto la Proposición de Ley supondría una denuncia encubierta de los mismos, que infringe los artículos 96 y 94 de la



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Constitución, puesto que las denuncias se deben realizar por el mismo procedimiento de aprobación previsto en el artículo 94. Asimismo, hay que tener en cuenta el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que se refiere al principio de prevalencia en la relación entre ley interna española y tratado: *“Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”*.

V. POSIBLES ACTUACIONES JUDICIALES ANTE LA REMISIÓN AL SENADO DE UN TEXTO CON POSIBLES VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD, MATERIALES Y FORMALES

Como se ha señalado en el Informe que acompaña al presente, sobre la calificación y admisión a trámite de la iniciativa, la posibilidad de que el Senado devuelva textos al Congreso *ab initio*, y no tras terminar su tramitación, no está prevista en el artículo 90.2 de la Constitución, que solo contempla dos posibles actuaciones del Senado en relación con los textos legislativos del Congreso, aprobar enmiendas u oponer veto. Por ello, en el marco del procedimiento legislativo, no se encuentra ninguna posibilidad de actuación del Senado frente al Congreso en este caso. Por tanto, las únicas vías posibles de reacción serían las judiciales: el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales y el recurso de amparo.

Se advierte que este apartado solo tiene un valor indicativo, pues en todo caso la adopción de las actuaciones que serían posibles requiere una decisión política.

1. Momento en el que nace la legitimación

El Senado solo tendría legitimación para iniciar actuaciones judiciales una vez que la Proposición de Ley tenga entrada en la Cámara, no antes, pues tal entrada de la Proposición es la que determina que la misma se convierta en una iniciativa del Senado y solo si la iniciativa se encuentra en el Senado puede entonces afectar a los intereses de la Cámara y de los Senadores. La legitimación viene, pues, determinada por la afectación como así se exige, por ejemplo, en el artículo 46.1 a) LOTC para el recurso de amparo del artículo 42 LOTC (el pensado para los actos parlamentarios no legislativos), al establecer que estará legitimada para su interposición la “persona directamente afectada”.

Mientras la Proposición de Ley está en el Congreso sería bastante dudoso poder plantear que los actos que se puedan adoptar por tal Cámara afectan



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

directamente al Senado o a los Senadores, ello por la lógica del artículo 90.2 de la Constitución, que impone que el único acto del Congreso que tiene efecto para el Senado es la aprobación del texto por el Congreso y su remisión al Senado.

2. El conflicto entre órganos de naturaleza constitucional (artículos 73 a 75 LOTC)

Inmediatamente, tras la entrada de la iniciativa en el Senado, se podría plantear un conflicto entre órganos constitucionales al Congreso de los Diputados, en base al artículo 73 de la LOTC, cuyo apartado 1 establece que *“En el caso en que alguno de los órganos constitucionales a los que se refiere el artículo 59.3 de esta Ley, por acuerdo de sus respectivos Plenos, estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes orgánicas confieren al primero, éste se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque”*.

Asimismo, dicho precepto continúa diciendo, en el apartado 2: *“Si el órgano al que se dirige la notificación afirmara que actúa en el ejercicio constitucional y legal de sus atribuciones o, dentro del plazo de un mes a partir de la recepción de aquella no rectificase en el sentido que le hubiera sido solicitado, el órgano que estime indebidamente asumidas sus atribuciones planteará el conflicto ante el Tribunal Constitucional dentro del mes siguiente. A tal efecto, presentará un escrito en el que se especificarán los preceptos que considera vulnerados y formulará las alegaciones que estime oportunas. A este escrito acompañará una certificación de los antecedentes que repute necesarios y de la comunicación cursada en cumplimiento de lo prevenido en el apartado anterior de este artículo”*.

La fundamentación del conflicto se basaría en el fraude constitucional. El Congreso de los Diputados, al tramitar la Proposición de Ley de Amnistía por el procedimiento legislativo ordinario, está menoscabando la atribución constitucional del Senado de tramitación de las reformas constitucionales reconocida en el Título X de la Constitución y en el Título V del Reglamento del Senado

El procedimiento, según viene marcado, por la LOTC es el siguiente:

- Presentación del escrito de planteamiento del conflicto por un grupo parlamentario o veinticinco senadores en texto escrito debidamente motivado (artículo 188 RS).



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

- Acuerdo del Pleno del Senado de aprobación del planteamiento del conflicto.
- Requerimiento al Congreso de los Diputados para que revoque su decisión. Este requerimiento debe trasladarse a dicho órgano en el plazo de un mes desde la entrada en el Senado del texto.
- Contenido del requerimiento. Se debe requerir al Congreso que revoque su decisión, lo cual se podría articular de diversos modos. Uno, es solicitar al Congreso la retirada de la Proposición, lo que es posible en virtud del artículo 129.2 de su Reglamento que establece que, una vez tomada en consideración, la retirada de la proposición de ley se puede hacer solo si la acepta el Pleno de la Cámara. Otro, es solicitar que anule todo lo actuado desde la admisión a trámite de la iniciativa, o alternatively, desde la segunda vuelta del Dictamen a la Comisión. Cualquier anulación debería incluir la anulación de la segunda votación en la Comisión, la segunda votación en Pleno y la remisión del texto del Senado.
- Si el Congreso, en el plazo de un mes, no rectifica o comunica que actúa legítimamente en el ejercicio de sus funciones constitucionales, queda ya abierta la vía para la presentación, en el plazo de un mes, del escrito de planteamiento de conflicto ante el Tribunal Constitucional. Por la Mesa, sin necesidad ya de Pleno, se acordará esta presentación, una vez se constate el presupuesto de hecho anterior.

El artículo 74 LOTC se refiere a la fase siguiente:

“Recibido el escrito, el Tribunal, dentro de los diez días siguientes, dará traslado del mismo al órgano requerido y le fijará el plazo de un mes para formular las alegaciones que estime procedentes. Idénticos traslados y emplazamientos se harán a todos los demás órganos legitimados para plantear este género de conflictos, los cuales podrán comparecer en el procedimiento, en apoyo del demandante o del demandado, si entendieren que la solución del conflicto planteado afecta de algún modo a sus propias atribuciones”

Por su parte, el artículo 75 dispone:

“Uno. El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y resolverá dentro del mes siguiente a la expiración del plazo de alegaciones a que se refiere el artículo anterior o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias, que no será superior a otros treinta días.

Dos. La sentencia del Tribunal determinará a qué órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declarará nulos los actos ejecutados por invasión de



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

atribuciones y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos.”

En cualquier caso, el planteamiento del conflicto no paraliza la tramitación en el Senado que, como hemos señalado, opera *ex constitutione* por el artículo 90.1 de la Constitución.

En la regulación del conflicto entre órganos constitucionales no se hace mención expresa a que su interposición tenga efecto suspensivo alguno ni a la posibilidad de solicitar medidas cautelares con ocasión de su presentación. Cuando la LOTC permite el efectivo suspensivo bien del acto o norma impugnada o de actuaciones judiciales en curso relacionadas con ellos, lo establece expresamente como ocurre para el recurso del amparo en el artículo 56 LOTC, para la cuestión de inconstitucionalidad en el artículo 35.5 que suspende las actuaciones judiciales, para el conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los artículos 61 y 64.2 y para la impugnación de las disposiciones sin fuerza de ley resoluciones de las Comunidades Autónomas en el artículo 77, ello junto a la facultad reconocida constitucionalmente al Gobierno en el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas.

No obstante, y a pesar de que la LOTC no lo prevé, se podría solicitar al Tribunal Constitucional la medida cautelar por sí, excepcionalmente, la admite ponderando las circunstancias urgentes y extraordinarias que concurren, que determinan, de no adoptarse la misma, un perjuicio irreparable para las atribuciones que la Constitución confiere a la Cámara Alta.

3. El recurso de amparo (artículo 42 LOTC)

La interposición del recurso de amparo por parte de cualquier Senador o Grupo Parlamentario de la Cámara se fundamentaría en la vulneración del artículo 23 de la Constitución. Esta vulneración se podría fundamentar en cualquiera de los motivos que hemos ido indicando en este Informe.

El amparo se podría interponer desde que la iniciativa entra en la Cámara y tiene un plazo de interposición de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes los actos o resoluciones que se pretenda recurrir.

Hay que analizar cuál sería el acto o actos recurribles:



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

- El acuerdo de la Mesa del Congreso de calificación de la iniciativa y admisión a trámite, por su errónea calificación de la que deriva toda la tramitación. La duda que se puede plantear es si para el Senado este acuerdo se puede considerar firme, ya que el mismo es recurrible ante la propia Mesa del Congreso en virtud del artículo 31.2 del Reglamento del Congreso, pero solo por los Diputados o Grupos Parlamentarios del Congreso, no por el Senado. Por tanto, para el Senado el acto de la Mesa habría de considerarse firme por la falta de un recurso interno que el Senado pueda interponer contra el mismo.
- El acto del Pleno del Congreso de aprobación de la Proposición de Ley. Aquí se plantea la duda de si es un acto “sin valor de ley”, que es el requisito para ser recurrible en amparo. Desde luego es un acto de naturaleza legislativa, pero no aún con valor de ley. La sola aprobación por el Congreso de una proposición no confiere a esa norma valor de ley, pues falta el resto de la tramitación legislativa en el Senado y, en su caso, la vuelta al Congreso. Por tanto, este acto se puede considerar firme pues no cabe recurso alguno contra el mismo en la vía interna parlamentaria.
- El acto de la Presidenta del Congreso de los Diputados de remisión por el Congreso de los Diputados al Senado de la Proposición de ley. Es un acto que se puede considerar firme, pues no hay previsto recurso interno contra los actos de la Presidencia del Congreso.

Finalmente, como hemos indicado, en el recurso de amparo (artículo 56.6 LOTC) se prevé la posibilidad de que se solicite al Tribunal medidas cautelares, entre ellas, la suspensión del procedimiento en el Senado hasta que llegue la resolución del amparo.

Sería posible interponer el recurso de amparo antes de la admisión, por la indicada vulneración de los derechos fundamentales de representación política de los miembros de la Cámara contra el acto de remisión del Dictamen de la Proposición de Ley Orgánica aprobado por el Congreso por conducto de su Presidenta, ya que dicha remisión es el acto que de modo inmediato y directo ya causa la vulneración del derecho fundamental.

A ello se añadiría la petición de suspensión del procedimiento legislativo ya desde antes de la calificación por la Mesa.

Esta petición estaría justificada muy especialmente en este caso concreto, por su urgencia excepcional y atendiendo al *periculum in mora*, en cuanto la posible calificación de una futura ley de amnistía como norma penal más favorable haría irreversible efecto jurídico de su publicación y entrada en vigor, y haría perder su



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

finalidad al recurso de amparo. Para ello se cuenta con el apoyo del mencionado ATC de 19 de diciembre de 2022 que, como dijimos, apreció la urgencia excepcional y el *periculum in mora*, por los singulares motivos que se dieron en aquel caso. Aunque cada caso es distinto y se analiza por el Tribunal de forma singularizada, existen semejanzas con el caso actual. En aquel supuesto, el Tribunal aprecia que se da la urgencia excepcional para acordar la suspensión “*por la extraordinaria celeridad con la que se sucedieron los trámites parlamentarios*”, lo que también podría aplicarse a este caso.

Y en cuanto al perjuicio irreversible, el Tribunal razona en aquel caso que lo aprecia porque los recurrentes no tenían ningún recurso interno para impugnar los acuerdos del Congreso que vulneraban sus derechos: “*Todos los aspectos destacados ponen de manifiesto que los recurrentes no tuvieron, en el trámite parlamentario ningún medio de reaccionar contra la actuación parlamentaria que consideraban lesiva de su derecho al ejercicio de sus funciones representativas (art. 23.2 CE)*”, de forma que solo el recurso de amparo era el único modo de defender ese derecho; “*Por ello, solamente el recurso de amparo les puede proporcionar ahora la oportunidad de invocar, sin merma irreversible de su ius in officium, la efectividad de su derecho fundamental, en virtud de los arts. 53.2, 161.1.b) y 162.1.a) CE, y del art. 42 LOTC*”.

Esta fundamentación sería igualmente trasladable a este caso. Los Senadores o los Grupos de la Cámara, a falta de poder accionar directamente contra el Congreso, solo pueden reaccionar mediante el recurso de amparo para proteger sus derechos.

VI. CONCLUSIONES

1. La función de asesoramiento de los letrados de las Cortes Generales solo se puede realizar respetando el deber de acatamiento a la Constitución, pues es un asesoramiento basado en la Constitución. Esta función-deber de los letrados de las Cortes Generales es compatible (y necesaria) respecto de la posterior función del Tribunal Constitucional declarativa de la constitucionalidad de las leyes. Los informes de los letrados adscritos al Senado tienen total autonomía respecto de los emitidos en el Congreso y se justifican en el derecho de la Cámara y de los Senadores a contar con su propio asesoramiento jurídico institucional; adicionalmente, el texto que se recibe ahora en el Senado para su tramitación debe continuar depurando los vicios de inconstitucionalidad señalados (y aún no resueltos) en las Observaciones Técnicas de los Letrados de la Comisión de Justicia del



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Congreso o dimanantes de las sucesivas lecturas y profundas modificaciones de la iniciativa inicial.

2. Con carácter previo al análisis de inconstitucionalidad es preciso apuntar las irregularidades que se han producido durante la tramitación del procedimiento legislativo en el Congreso y que podrían comportar una nulidad radical de lo actuado en dicha Cámara por infracción de las reglas esenciales de formación de su voluntad. El día 30 de enero de 2024 se rechazó el texto en una votación final y de conjunto, exigida constitucionalmente por su carácter de ley orgánica, por 171 votos a favor y 179 en contra, pese a lo cual, en lugar de considerar la caducidad de la iniciativa, se devolvió a la Comisión de Justicia, contra toda lógica y contra la regla de la mayoría, principio estructural del Estado de Derecho, como forma de adopción de acuerdos en democracia, contenida en el artículo 79.2 de la Constitución y 79.1 del Reglamento, por medio de una interpretación del artículo 131.2 del Reglamento carente de precedentes y contraria a la jurisprudencia constitucional sobre la materia. La reciente decisión liminar y no unánime de inadmisión a trámite del recurso de amparo interpuesto por este motivo no es óbice para que se produzca en el futuro una decisión sobre el fondo del asunto.
3. Como irregularidades procedimentales, asimismo, la Mesa del Congreso ha difuminado la existencia de la urgencia, ampliando los plazos reducidos hasta la misma duración que hubieran tenido de haberse seguido el procedimiento ordinario, en relación al plazo concedido finalmente para el segundo dictamen de la Comisión de Justicia (en fraude de los artículos 93 y 94 en relación con el 131.2 del Reglamento), de lo que dimana un evidente perjuicio para el Senado, por la indeterminación que se produce respecto del procedimiento de urgencia inicialmente declarado por la Mesa del Congreso que parece haber sido desactivado por la misma, yendo contra sus propios actos, o no, a falta de declaración expresa en este punto. Se infringe también el artículo 131.2 del Reglamento, que exige un nuevo Dictamen, debiendo ser propuesto por una Ponencia que no se reunió, sino que la Comisión de Justicia emitió como Dictamen una mera modificación del anterior. Por último, en contra del artículo 69 del Reglamento del Congreso, no hubo previa distribución de las enmiendas transaccionales con 48 horas de antelación ni un acuerdo que, justificando la urgencia, exceptuase dicho plazo, sino que, en su lugar, hubo una convocatoria sorpresiva y espontánea de la Mesa, al hilo de la propia sesión de la Comisión, para calificar las enmiendas, lesionándose el derecho de los parlamentarios a ejercer



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

adecuadamente su función representativa, pues apenas tuvieron tiempo para conocer esos textos antes de su debate y votación, como así manifestaron en sus intervenciones.

4. En el análisis de inconstitucionalidad material ha de partirse de que en ausencia de mención constitucional expresa y de un pronunciamiento directo sobre la amnistía como figura jurídica por el Tribunal Constitucional, y teniendo en cuenta los antecedentes del constitucionalismo histórico español (todas las constituciones progresistas (1869 y 1931) asumieron que para considerar la amnistía como potestad había que contar con una mención expresa en la Constitución), y la voluntad del constituyente español de 1978 que rechazó dos enmiendas acordando expresamente “no constitucionalizar” la amnistía, y, en su lugar, prohibió expresamente los indultos generales (artículo 62, i) no cabe entender que la amnistía pueda instrumentarse mediante ley, por la proclamación de la normatividad de la Constitución en su artículo 9.1 que supone la obligatoriedad de su cumplimiento para el legislador, cuya potestad no es ilimitada, así como del deber de cumplimiento de las sentencias firmes establecido en el artículo 118 de la Constitución, cuya excepción, por medio de una ley de amnistía, debe estar prevista expresamente en la Constitución. El parlamento no puede hacerlo todo en los sistemas normativos en que existe una Constitución rígida. No puede integrar la Constitución para llenar sus supuestos vacíos, pues estaría suplantando al poder constituyente. Esto sitúa a las Cámaras en un *ultra vires* estricto, es decir, un supuesto de carencia de competencia por razón de la materia, por lo puede considerarse que este procedimiento legislativo es, o una reforma constitucional encubierta, o un fraude constitucional, o bien un producto normativo imposible.
5. Adicionalmente a la anterior objeción, la Proposición de Ley se debe someter, en todo caso, a los límites materiales y formales que se deducen de la Constitución.

5.1 Desde el punto de vista material, la Proposición de ley incurre en motivos de inconstitucionalidad por vulnerar varios principios, valores y derechos fundamentales que se contienen en la Constitución:

- a. Valor superior justicia (1.1) y principio de separación de poderes. Invasión del ejercicio de la función jurisdiccional (artículos 66.2 y 117.1 y 3), por la injerencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida en exclusiva a los Jueces y Magistrados



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

(artículo 117.1 y 3) y el desconocimiento del deber de cumplimiento de las sentencias firmes establecido en el artículo 118 de la Constitución, en cuanto supone una suspensión de dicha potestad, lo que no puede hacerse, como se ha dicho, en ausencia de un reconocimiento constitucional expreso de la potestad de amnistiar concedida al Parlamento. La culminación de la derogación de la función jurisdiccional se contiene en los nuevos apartados que obligan al alzamiento inmediato de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real (...), a dejar sin efecto las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención - estas últimas, cuestiones que el legislativo español no puede regular- o el apartado que obliga al juez que tramite causas penales afectadas por la amnistía a dictar el auto de sobreseimiento libre. Inmediatamente conectado con ello, vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y magistrados (artículo 24.1 de la Constitución). La literatura especializada en justicia transicional remite a circunstancias justificadoras de la amnistía, como parte de un pacto de reconciliación, de paz o de concordia ante un cambio de régimen, un proceso de reconstrucción de la democracia o la salida de un conflicto tal como se entiende este concepto en esta literatura (dictaduras, guerras civiles, regímenes represivos no democráticos), condiciones que concurrieron en España al dictarse la Ley de amnistía de 1977. La amnistía solo procede ante un derecho injusto, y no lo es, por principio, el emanado durante la vigencia de una Constitución democrática, salvo que el Tribunal Constitucional lo hubiera anulado, previamente, por inconstitucional.

- b. Valor superior del ordenamiento jurídico, de la igualdad (artículo 1.1), principio de igualdad (artículo 9.2) y derecho fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 14). La discriminación se introduce porque se trata favorablemente a un determinado grupo solo por su conexión con determinados hechos ocurridos en Cataluña. Los criterios para la aplicación de una amnistía no deben diseñarse para cubrir a individuos específicos, y, sin embargo, las enmiendas introducidas han girado en torno a la inclusión en el objeto de la amnistía de los delitos de terrorismo, con diferentes formulaciones a lo largo de la tramitación, o la extensión del plazo original (1 de enero de 2012 hasta 13 de noviembre de 2023), retro trayéndolo al 1 de noviembre de 2011 en



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

la versión final, lo que apunta evidentemente a que todo el esquema negociador ha girado en torno a cubrir con la amnistía a personas concretas. En el mismo sentido, vulneración de los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

- c. Derecho fundamental a la libertad ideológica (artículo 16). Se trata de una discriminación operada en la misma ley entre ciudadanos que poseen una ideología, la del móvil que fija arbitrariamente la ley, de un lado, y de otro los que tienen otra diferente, o simplemente no quieren tener ideología alguna en ejercicio de su libertad o se niegan a declararla, para los que se alza o suspende la aplicación del Código Penal, y los de otra, para los que la ley penal es de obligado cumplimiento. Por otra parte, las “intenciones” son difícilmente objetivables, salvo que se identifiquen, como en el texto de la iniciativa, con conductas tipificadas como delitos, faltas o infracciones administrativas, lo que es en sí mismo distorsionador de la dogmática y de la aplicación uniforme del derecho sancionador, que requiere de la distinción entre la acción típica y la intención, móvil o finalidad, básica para apreciar el dolo o culpa en la gradación de la responsabilidad, confundándose en el texto dos elementos del delito como son la acción y la culpabilidad.
- d. Principios de seguridad jurídica y legalidad penal (artículos 9.3 y 25.1), y, en el mismo sentido, derecho fundamental a la libertad y a la seguridad (artículo 17 de la Constitución). Por la indeterminación con la que se configura la amnistía, tanto su objeto -porque los delitos que se amnistían se formulan de manera abierta al utilizarse la expresión “así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad” o “así como las siguientes acciones ejecutadas entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas o hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración”. No se alcanza a ver la conexión o la limitación temporal de la medida, si no hay fecha límite hacia el futuro (y es sabido que la amnistía no es posible respecto de delitos futuros) o se amnistían acciones aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas. La inclusión de la amnistía en las causas de extinción de la responsabilidad penal del citado artículo 130.1 del Código Penal plantea, además, un problema muy grave de Derecho intertemporal, porque no se puede garantizar la aplicación



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

retroactiva de esa nueva causa de extinción a los hechos amnistiados por ella misma.

- e. Derecho fundamental al ejercicio de la función representativa en su vertiente de *ius in officium* (artículo 23.2) de los Senadores al devenir formalmente obligados a la tramitación de este producto normativo.

5.2 Desde el punto de vista formal, la amnistía es una ley singular, cuya posibilidad ha sido excluida del ordenamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso RUMASA) al no permitir recurso al ciudadano que no tiene acceso a los procesos de constitucionalidad que se siguen ante el Tribunal Constitucional. La ley singular solo es posible si su contenido consiste en actividad ejecutiva o de administración, pero no en las normas procesales que deben tener carácter general y abstracto y no contener instrucciones de aplicación al poder judicial, independiente y titular exclusivo de la función jurisdiccional. Adicionalmente, esta norma se autocalifica de ley orgánica, sin que entre en ninguno de los supuestos materiales a los que la Constitución reserva este carácter en su artículo 81, constituyendo una ampliación indebida de los supuestos contenidos en la misma, y sin que la Cámara Baja se haya planteado siquiera su eventual desglose.

6. La proposición de ley deviene así incompatible con los valores contenidos en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, y ello no ha sido subsanado en esta fase del procedimiento legislativo.

- a. Respecto de los delitos de terrorismo, el Dictamen de la Comisión, de una forma incorrecta, se remite una Directiva Europea que ya no resulta de aplicación (ha sido transpuesta y, por tanto, está agotada, ignorando que en primer lugar se debe aplicar el Código Penal español, que es la norma de transposición. Adicionalmente, la Opinión de la Comisión de Venecia recuerda que “la Comisión Europea ha subrayado que la redacción actual del artículo 2c significa que no todos los delitos tipificados por la Directiva [EU 2017/541] relativa a la lucha contra el terrorismo quedan excluidos del ámbito de la amnistía” quedando así la legislación española fuera de la regulación armonizada. Respecto de los delitos de malversación, con la amnistía se está eliminando su consideración como infracción penal, aunque sea para un ámbito temporal y personal limitado y



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

concreto y por tanto se infringe el artículo 4.3 de la Directiva (UE) 2017/1371 (Directiva PIF), no salvándose las dudas con la simple referencia a que no existe enriquecimiento personal, pues el concepto armonizado de malversación (“que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión”) no está condicionado por el hecho de que concurra o no un propósito de enriquecimiento personal. Asimismo, se vulneran los artículos 10.2, 93, 94 y 96 de la Constitución, respecto a la aplicación del Derecho de la Unión Europea y de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno.

- b. La fórmula utilizada para la exclusión de la amnistía de los actos tipificados como delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional, podría vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la medida que trasluciera un criterio interpretativo ajeno al marco conceptual y jurisprudencial propio del Código Penal y que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley, y resultar indiciarios de albergar supuestos particulares.
- c. Respecto a los delitos de torturas o de tratos inhumanos o degradantes la fórmula indeterminada que se utiliza para que queden comprendidos en el ámbito material de la amnistía, podría vulnerar el principio de legalidad en materia penal, en la medida que ampara un ámbito de decisión propio de los jueces en la interpretación y aplicación de la ley, y resultar indiciarios de albergar supuestos particulares.

7. El Senado viene en esta fase del procedimiento legislativo obligado a velar por sus competencias, y, simultáneamente, a quedar vinculado al ordenamiento en una doble dirección: por una parte, viene obligado a tramitar lo que se le presenta formalmente como una proposición de ley orgánica, pues el artículo 104 de su Reglamento en conjunción con el artículo 90 de la Constitución le obligan inexorablemente y de forma inmediata a continuar con la tramitación, sin que pueda volver a calificar la iniciativa para oponer una inadmisión a trámite. El único efecto que en la práctica tendría que la Mesa del Senado decidiese no permitir la tramitación de la ley de Amnistía en la Cámara Alta, como se ha señalado en el Informe que acompaña al presente sobre la calificación y admisión a trámite de la



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

iniciativa, es que la ley quedaría aprobada incluso antes de lo previsto. Esto es así porque, si el Senado no emite veto o enmiendas en el plazo reglamentario, el texto que se envía para la sanción real y publicación en el Boletín Oficial del Estado es el segundo Dictamen del Pleno del Congreso, en aplicación de la doctrina de la sentencia *Ses Salines*. Es decir, la ley se aprobaría igualmente, su aprobación sería efectiva antes de lo previsto y se perderían dos debates políticos de máxima relevancia (el que hubiera podido tener lugar en el Senado, incluyendo posibles comparecencias en un trámite de información sobre la iniciativa y el que debiera celebrarse en el Congreso a resultas de la intervención previa de la Cámara Alta vetando o enmendando).

8. Por otra parte, desde el punto de vista material, el Senado se encuentra ante una reforma de la Constitución encubierta, o bien, requerido para continuar con la tramitación de una norma inconstitucional “in toto” y cuyos vicios de inconstitucionalidad no podrían depurarse en esta fase ni en ninguna otra, pues supone una invasión del contenido esencial de varios derechos fundamentales y de la separación de poderes, que son las dos notas características del concepto de constitución. Adicionalmente, la posición del Senado como Cámara de segunda lectura en el procedimiento legislativo implica que su voluntad, sea la que sea, quedará supeditada a la del Congreso, incluso si, de modo antijurídico, se “resistiera” a su tramitación.

Por lo anterior, se le está pidiendo al Senado que participe de un procedimiento que materialmente debiera ser una reforma de la Constitución. Nótese, además, en este punto, que la posición de Senado es completamente distinta en el procedimiento de reforma constitucional, en que existe un bicameralismo perfecto, en el que pesa lo mismo la voluntad de ambas Cámaras en el texto final de la norma, que debe aprobarse por mayorías muy cualificadas en ambas Cámaras (que llegan a los 3/5 o 2/3). Además, en el procedimiento de reforma constitucional no solo tiene idéntica cabida la voluntad de ambas Cámaras, sino también la voluntad del cuerpo electoral, pues se somete a referéndum del conjunto de la ciudadanía al finalizar la tramitación: en el caso de la reforma ordinaria basta con que lo pida una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras y en el caso de la reforma agravada el referéndum es obligatorio. Así pues, la obligación formal de tramitar una iniciativa que se ha autocalificado como ley orgánica, cuando en realidad se está tratando de una reforma constitucional o de una ley inconstitucional, supone para el Senado una invasión del poder constituyente radicado en esta Cámara, por parte del Congreso, y, al mismo



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

tiempo, el desconocimiento de los derechos de representación política de sus Senadores y de toda la ciudadanía (artículo 23 de la Constitución).

9. Habida cuenta de la clara inconstitucionalidad del texto, de su carácter formal de proposición de ley orgánica, y de la vigencia del artículo 133.2 del Reglamento del Senado en la redacción dada por la reciente reforma de esta norma que permite al Senado no apreciar la urgencia declarada en el Congreso y alargar la tramitación de veinte días a dos meses, la Mesa del Senado viene obligada a admitir a trámite, pero debe efectuar advertencias liminares sobre los extremos anteriores:

- debe advertir de la inconstitucionalidad de la proposición de ley
- debe advertir que su carácter no es orgánico y que debería plantearse el eventual desglose de la iniciativa, de ser este posible
- debe concretar el plazo para la tramitación (sobre el que pesa en estos momentos una grave indeterminación puesto que está pendiente de resolución y en fase de alegaciones el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma del Reglamento) y
- debe advertir que, con el simple acto de traslado del texto aprobado en el Congreso por parte de su Presidencia y la admisión inmediata del mismo a que viene obligado el Senado, por la necesaria continuidad del procedimiento legislativo constitucionalmente garantizada, se están vulnerando los derechos fundamentales de representación política de sus Senadores y de la ciudadanía a la que estos representan.

10. Por lo anterior, tras la entrada de la iniciativa en el Senado, y para la defensa de las atribuciones constitucionales de la Cámara Alta se podría plantear un conflicto entre órganos constitucionales (artículos 73 a 75 de la LOTC) en sus dos fases, una previa mediante la celebración de un Pleno en el Senado, para requerir formalmente al Congreso la retirada de la proposición de ley orgánica, y otra posterior ante el Tribunal Constitucional, con posible petición de suspensión cautelar del procedimiento legislativo en el Senado por el perjuicio irreversible que la espera de la resolución del Alto Tribunal pudiera provocar en las atribuciones que la Constitución confiere a la Cámara Alta. Asimismo cabe el planteamiento del recurso de amparo por vulneración del derecho de representación política en su vertiente de *ius in officium* (artículo 23.2 de la Constitución), con petición de suspensión cautelarísima del procedimiento.