

EXPLICACION DE VOTO

Justificación de mi voto en blanco.

1.- La propuesta Ley de Amnistía tiene un evidente componente político pues a nadie se le escapa su utilización como instrumento de actividad política. En tal sentido, como ulteriormente desarrollo, su aprobación es la contrapartida por el apoyo de sus beneficiarios a la investidura del Presidente de Gobierno. Siendo ésta su evidente y real etiología entiendo apriorísticamente prudente mantener una cierta neutralidad pues vengo insistiendo en que el Poder Judicial debe abstenerse de intervenir en cuestiones políticas sin perjuicio de las consecuencias que sus decisiones jurisdiccionales puedan tener en tal ámbito. Ajeneidad imprescindible en el referido terreno jurisdiccional pero de la que debiera también darse ejemplo en el ejercicio de las restantes competencias de nuestro actuar orgánico como es la que nos ocupa.

Hurtar el debate a tal realidad política y a sus condicionantes resulta absurdo. Baste significar la inflexible valoración con la que desde uno u otro posicionamiento político se aborda la iniciativa legislativa. Precisamente por ello, por su signo político mayoritario, el Congreso de los Diputados ha hurtado la PLOA al Informe del CGPJ ¹ mientras que la Cámara Alta lo ha propiciado conocedor de su previsible resultado. El resultado de la votación del Informe en el seno del CGPJ no ha defraudado tales previsiones.

Por otro lado, el hecho de ocupar esta presidencia, aún de forma tan accidental como accidentada, magnifica sin duda la opinión de un civilista que de otra manera carecería de toda relevancia. Ello aconseja una cierta prudencia al optar pues alguna de las alternativas “*políticas*” que se dirimen.

Y de nuevo utilizo este cauce para, una vez mas, alentar la imprescindible renovación del CGPJ pues son escasos los mensajes que en tal sentido dirigimos a la clase política: pudiera parecer que la situación no nos incomoda.

¹ Apunta con acierto el Vocal Enrique Lucas (punto 19 de su Voto particular) el disvalor representado por utilizar la vía de la Proposición de Ley para eludir la información pública, la emisión de informes de los órganos consultivos y la aportación de memorias y otros documentos que serían preceptivos si la regulación propuesta se tramitara como Proyecto de Ley.

En función de todo ello con mi voto en blanco he pretendido, de cara al exterior, ofrecer un posicionamiento neutral pues, queramos o no, el planteamiento de constitucionalidad tiene sin duda fuertes connotaciones políticas a las que debiéramos intentar ser ajenos. Asumo los riesgos de no contentar con ello a unos y a otros, sobre todo a algunos.

2. Ocurre por otro lado que, a mi entender, el debate puede plantearse desde otra óptica, no abordada en los Informes elaborados, pues apenas se ha incidido en la incuestionable realidad del precedente que causaliza la existencia de la Ley de Amnistía. De esta manera, de forma inusual, nos encontramos con que su otorgamiento no es gratuito sino que, como luego detallo, tiene causa contractual onerosa con una contraprestación a actuar por el beneficiario de la medida de gracia: el apoyo a la investidura del Presidente de Gobierno. En este sentido, a diferencia de cuantas leyes de amnistía hemos conocido, la que nos ocupa no es una mera medida de gracia otorgada unilateralmente por el Poder Legislativo sino que tiene contrapartidas políticas de gran relevancia a cargo de los amnistiados. A ello, y a sus poco analizadas consecuencias, quizás constitucionalmente irrelevantes, destino básicamente este Voto explicativo que, por otro lado, justifica también mi voto en blanco al no haberse tratado este planteamiento ni en uno ni en otro Informe.

La virtualidad de las reflexiones contenidas en los Informes sobre la aplicación de los concretos preceptos de la ley.

3. Al margen de las contrapuestas valoraciones sobre la constitucionalidad de la Ley contenidas en ambos Informes y de las observaciones efectuadas por el vocal D. Enrique Lucas, contenidas en el Voto particular emitido, que también inciden sobre esta cuestión, es lo cierto que resultan imprescindibles las reflexiones del Informe del Vocal D. Wenceslao Olea que sobre la aplicación del articulado se contienen en las conclusiones VIGESIMOTERCERA y ss. y se desarrollan en el texto. Representan sin duda un elemento hermenéutico importantísimo para, en su caso, mejorar la concreta redacción de cuantos preceptos se analizan. En todo ello encuentra su verdadera razón de ser el Informe solicitado. A tal finalidad obedecen igualmente, en términos algo menos exhaustivos, las conclusiones TRIGESIMOSEGUNDA a la CUADRAGESIMO CUARTA del Informe elaborado por la Vocal D^a Mar Cabrejas que en algunos casos, los

políticamente más complejos ² –suspensión por prejudicialidad o por cuestiones de constitucionalidad—sirven de valioso contrapunto a las reflexiones alternativamente informadas.

4. Me atrevo a presumir que si el Informe sobre la PLOA se hubiera limitado al análisis de su articulado, sin entrar en el debate sobre su constitucionalidad, se habría conseguido aprobar un único Informe pues cuanto se trata a propósito de estas cuestiones obedece a una lógica jurídica en la que prácticamente todos habríamos estado de acuerdo. La polaridad que nos acosa lo ha impedido.

La atipicidad de la amnistía sometida a Informe.

5.- Como he esbozado inicialmente entiendo que el debate sobre la PLOA contenido en los Informes sometidos a votación del Pleno ha despreciado, sin duda por entenderlo irrelevante a efectos de su análisis, un precedente del que, a mi juicio, debiera partirse. De esta manera creo necesario valorar el tema desde una perspectiva algo diferente fundada en que la Proposición de Ley trae evidente causa de la transacción política previa que sin duda justifica su existencia y de la cual deriva la absoluta atipicidad de la amnistía proyectada que sin embargo ha sido marginada del debate ³.

6.- Por tal razón, la primera e imprescindible reflexión, que fluye de lo que debiera ser y quizás no ha sido, radica en el sorprendente silencio de la faraónica Exposición de Motivos sobre el precedente contractual que sin

² De nuevo no cabe sustraerse en estos aspectos a la ya destacada realidad política que subyace en la PLOA y en algunos de sus normas dada la finalidad que se pretende alcanzar con su aprobación.

³ El Informe del vocal D. Wenceslao Olea recoge esta realidad en su conclusión Quinta y, previamente, (punto 53) afirma, y lo comparto plenamente *“que la causa directa e inmediata de la PLOA es el acuerdo celebrado entre el PSOE y JUNTAS per Catalunya. La invocación en la EM a un pretendido interés general o se asimila con los intereses de ese acuerdo o se deja sin explicar, sin que quepa concluirlo de ninguna otra circunstancia”*. Tal reflexión y sus omitidas consecuencias es la que se desarrolla a lo largo de este Voto explicativo.

Se apunta esta misma idea en el punto 19 de las observaciones del Vocal D. Enrique Lucas al decir que *“su presentación obedece a un compromiso político para garantizar la investidura del Presidente del Gobierno”*.

Por su parte el punto 98 del Informe emitido por la Comisión de Venecia también constata, sin extraer consecuencia alguna de ello, que *“en cuanto al objetivo legítimo, la Comisión es consciente de las críticas de que el proyecto de ley de amnistía formaba parte de un acuerdo político para conseguir la mayoría que apoyara al gobierno”*.

duda causaliza decisivamente la PLOA ⁴. Ello ha propiciado que, a mi juicio, todo el debate sobre la eventual constitucionalidad de la PLOA quede un tanto desvirtuado desde el momento en que se toma como pauta básica de su valoración la justificación que de su finalidad se contiene en la Exposición de Motivos: el interés general que se busca alcanzar propiciando con esta Ley la pacificación política y convivencial de Cataluña ⁵. Finalidad que sin embargo nunca fue esbozada previamente en el programa electoral de su otorgante ⁶. En el sentir de sus promotores es una amnistía con “*causa pacificadora*” por lo que, desde tal óptica, resulta coherente analizar, tal y como se ha hecho, si para alcanzar tal fin el medio utilizado es adecuado, necesario y proporcional ⁷.

7.- Sin embargo, de muy distinta manera a como refleja su Exposición de Motivos, entiendo que explica su razón de ser el pacto político, oneroso y sinalagmático, suscrito entre el PSOE y Junts cuyo Acuerdo 3 dice, literalmente, que las partes deberán convenir “*La Ley de Amnistía para procurar la plena normalidad política institucional y social como requisito imprescindible para abordar los retos del futuro inmediato..*”. Se afirma igualmente como razón de ser de la PLOA “*... la consecución de un interés*

⁴ Soy consciente, tal y como explica con claridad el Vocal D. Enrique Lucas, de la doctrina del Tribunal Constitucional que siempre ha sido reacia a pronunciarse sobre las intenciones del legislador que no estén explicitadas en los enunciados normativos de las leyes que son objeto de control de constitucionalidad y se ha ceñido al examen de sus preceptos. No obstante, la situación presente puede ser es distinta pues realmente existe un enlace causal evidente entre los acuerdos referidos y la Ley proyectada que expresamente se omite en la E.M. a la par que al ofrecerse una justificación alternativa de lo proyectado como justificación de su existencia gran parte del análisis de constitucionalidad se predica sobre los principios que deben respetarse para alcanzar la finalidad pacificadora de la convivencia que la E.M enfatiza.

⁵ Sobre este punto son interesantes las reflexiones del Vocal D. Enrique Lucas al decir (punto 26) que el debate se ha reconducido a los derroteros marcados por la E.M pues se “*trata de compensar la ausencia de otros antecedentes y de un proceso previo de formación del repetido consenso fiándolo todo a la bondad intrínseca de la medida dando por seguro que su entrada en vigor y aplicación pondrá de manifiesto su necesidad y oportunidad, que sería, por consiguiente, de general aceptación y conseguirá por sí sola el objetivo de restaurar la convivencia*”.

⁶ Es evidente que en ningún momento aparecía en el programa electoral del PSOE, sino al contrario, el compromiso de propiciar una amnistía. Su necesidad surge a partir del resultado electoral y así ha sido expresamente explicitado, con esclarecedora nitidez, por el Presidente del Gobierno.

⁷ Temas detalladamente analizados en el Informe de la Vocal D^a Mar Cabrejas.

general como puede ser la necesidad de encauzar conflictos políticos y sociales arraigados en la búsqueda de la mejora de la convivencia y la cohesión social así como de una integración de las diversas sensibilidades políticas”.

Y tras describir el ámbito temporal, objetivo y subjetivo de la futura amnistía, hace mención tal Acuerdo a los procesos judiciales vinculados con estos sucesos para concluir: *“En este sentido, las conclusiones de las comisiones de investigación que se constituirán en la próxima legislatura se tendrán en cuenta en la aplicación de la ley de amnistía en la medida en que pudieran derivarse situaciones comprendidas en el concepto lawfare o judicialización de la política, con las consecuencias que, en su caso, puedan dar lugar a acciones de responsabilidad o modificaciones legislativas”.* Tema al que haré ulterior y detallada mención

8.- Así las cosas, en terminología iusprivatista diremos que la amnistía tiene una causa relativamente simulada en los términos en los que la describe la Exposición de Motivos. Ello, en principio, no debe suponer un disvalor pues abundando en las soluciones del derecho civil, recordaremos que la expresión de una causa falsa en los contratos no implica su nulidad si subyace otra verdadera y válida. Es la llamada simulación relativa que aquí confluye pues la razón de ser de la PLOA expresada en la Exposición de Motivos no es la que verdaderamente subyace en la prestación comprometida y que se concreta en propiciar la amnistía a cambio del apoyo parlamentario a la investidura del Presidente del Gobierno. Se trataría de ver si tal causa real constituida por el intercambio de prestaciones políticas es *“válida y lícita”* en terminología civil⁸.

9.- La expresada realidad determina la especificidad y absoluta atipicidad de la amnistía enjuiciada que creo no ha sido valorada en los informes emitidos. Recurriendo de nuevo a la terminología contractual diríamos que, universalmente, las amnistías de las que se tiene noticia participan de una *“causa gratuita”*⁹ en el sentido de que solo determinan una prestación/prerrogativa a activar por el Poder Legislativo pero nunca por el amnistiado que se limita a aceptar agradecidamente —aunque parece que

⁸ Art. 1276 del C.c.

⁹ El art. 1274 del C.c. identifica la causa gratuita en los contratos con *“la mera liberalidad del bienhechor”* mientras que, por oposición a ellos, los llamados onerosos se estructuran sobre la existencia de un mutuo intercambio de prestaciones.

tampoco es éste el caso-- la extinción de la acción penal otorgada graciosamente por su benefactor. Sin embargo la anómala especificidad de *“la nuestra”* radica en no ser una mera medida de gracia ¹⁰, tal y como es generalizadamente conceptuada, sino ejecución de un pacto oneroso al constituir su tramitación parte esencial de las prestaciones sinalagmáticamente enlazadas con ella que fueron convenidas por sus suscritores. En resumen, la contraprestación por la tramitación y aprobación de una Ley de Amnistía viene constituida, con cargo a los beneficiarios de la medida de gracia, por el Acuerdo contenido en el punto 5 del mentado pacto donde, de forma totalmente inusual y atípica, se conviene, como prestación a efectuar –existen otras prestaciones colaterales-- *“la investidura de Pedro Sanchez con el voto a favor de todos los diputados de Junts”*. Prestación cumplida y que contractualmente coloca a Junts en condiciones de exigir las obligaciones causalmente enlazadas con la ya actuada si bien existe el compromiso final de *“estabilidad de la legislatura”* sujeta al cumplimiento de todos los previos acuerdos.

10.- Profundizando en el análisis de la referida causa simulada que justifica la etiología de la PLOA creo que debe insistirse en que todas las amnistías de las que se tiene noticia se han producido con lo que he denominado causa gratuita y habitualmente en supuestos de revisión del anterior orden político¹¹ o de las convicciones sociales ¹². Creo por ello poder concluir que no existen precedentes, ni en España ni en el resto de naciones que han

¹⁰ El punto 19 *in fine* del Informe emitido por la Vocal D^a Mar Cabrejas, con cita del Diccionario, recoge la definición de la amnistía como *“extinción de responsabilidad mediante una forma de ejercicio del derecho de gracia”*. Tal vinculación con la idea de derecho de gracia está presente ulteriormente a lo largo de los siguientes puntos 22 y 23 de dicho Informe. En los mismos términos se manifiesta sobre tal naturaleza el Informe del Vocal D. Wenceslao Olea en sus puntos 20 y ss.

¹¹ Ejemplo emblemático es nuestra Ley de Amnistía de 1977 o la Amnistía concedida a los presos políticos de Georgia en 2012 como consecuencia del cambio de régimen, única informada hasta ahora por la Comisión de Venecia en su dictamen de 11 de marzo de 2013. A la vez es evidente que no se ha producido un consenso social y político previo sobre un nuevo diseño territorial del Estado que pudiera legitimar la amnistía para quienes hubieran luchado por implantarlo. Idea que subyace en el Informe de la Comisión de Venecia al recomendar un apoyo social mayoritario a la propuesta o, incluso, una revisión constitucional que contemple la amnistía necesitada de mayorías cualificadas.

¹² Proyectada y nunca culminada Ley de Amnistía Inglesa de las consecuencias penales de la homosexualidad

acordado medidas de gracia similares, donde la amnistía se haya insertado en una transacción sinalagmática, con prestaciones mutuas ¹³.

La valoración sobre la licitud causal del pacto convenido entre Junts y PSOE y su proyección constitucional.

11. De esta manera, asumiendo la causa real del pacto suscrito, el problema se centra en valorar su legalidad. Es decir, analizar si resulta posible utilizar el excepcional instrumento constituido por la amnistía (prestación contenida en el Acuerdo 3) a cambio de obtener los votos necesarios para lograr la investidura del Presidente del Gobierno (pacto 5). Ninguna duda existe en orden a considerar la aislada licitud del pacto 5 que propicia la investidura de D. Pedro Sánchez pero las dudas surgen a la hora de determinar la legalidad de la prestación asumida en correlación con ella por el PSOE. Es en este punto donde debiera a mi juicio centrarse el debate.

Y acudiendo de nuevo a pautas civiles la amnistía resulta medida de gracia, a otorgar unilateralmente por el poder legislativo –medida gratuita diríamos-- que no puede arbitrarse a cambio de contraprestación onerosa alguna pues eso desvirtúa radicalmente su causa pasando, en terminología civil, de la gratuidad a una onerosidad que desdibuja su esencial naturaleza como medida de gracia. Puede donarse gratuitamente un riñón pero no a cambio de precio de igual manera que no cabría indultar, menos aún amnistiar, a cambio de una contraprestación onerosa. Configurada onerosamente la amnistía diríamos que es *res extra commercium* no susceptible de intercambio de prestaciones desvirtuando su naturaleza de negocio político graciable.

12. Evidentemente, de distinta manera a como planteo el debate, el diseño causal de la amnistía reflejado en la Exposición de Motivos legitima su configuración como medida de gracia mediante la cual, unilateralmente, quien la propicia tiene por objetivo esencial la pacificación convivencial de Cataluña y, por ende, del Estado español. Desde tal perspectiva mi análisis carecería de relevancia alguna.

¹³ No entro a comentar los restantes y onerosos compromisos adquiridos por el PSOE a cambio de la investidura: referéndum de autodeterminación, cesión de tributos o participación en instituciones europeas. Si quiero comentar, desde una perspectiva de derecho privado, que la condonación anunciada de una importante parte de la deuda de Cataluña cabría encajarla como asistencia financiera pues se utilizan fondos comunes para que uno de los socios adquiriera acciones/escaños de la sociedad.

13. Sin embargo, partiendo del diferente precedente apuntado y si bien no se me alcanza la relevancia constitucional de mis reflexiones –quizás irrelevantes desde tal enjuiciamiento constitucional--, creo que la amnistía no puede ser sinalagmática moneda de cambio de la consecución de una mayoría parlamentaria para la investidura pues implica convertir la medida de gracia, por definición unilateral y gratuita, en algo bilateral y oneroso. Habrá que preguntarse, y no soy capaz de dar respuesta adecuada, si desde una perspectiva constitucional la extinción de la acción penal puede ser prestación correlativa a la obtención de una importante contrapartida política.

14. Y la duda de que mis reflexiones iuscivilistas tengan algún valor derivan de las ya transcritas afirmaciones contenidas en las Observaciones del Vocal D. Enrique Lucas ¹⁴ quien recoge la doctrina constitucional en cuya virtud el Tribunal Constitucional siempre ha sido reacio a pronunciarse sobre las intenciones del legislador que no estén explicitadas en los enunciados normativos de las leyes que son objeto de control de constitucionalidad. Por ello tan solo se ha ceñido al examen de sus preceptos. Es patente que en este caso el presupuesto fáctico que sirve a mi análisis no tiene reflejo en el articulado pues, interesadamente sin duda, ni tan siquiera se inserta como precedente en su Exposición de Motivos.

15. En definitiva, aunque desconozco su incidencia constitucional, el previo pacto “*político*” alcanzado entre sus mentores, del que la amnistía trae causa real, si se analiza con una perspectiva civil difícilmente superaría los criterios de validez y licitud exigidos por el art. 1276 del C.c.

Amnistía y *lawfare* en el vigente Acuerdo suscrito por el PSOE y Junts.

16. Por otro lado, entiendo imprescindible que por el CGPJ se hubieran valorado, una vez más, aquellos aspectos de lo proyectado que incidan sobre la necesaria defensa de lo actuado por el poder judicial en el marco de los hechos alcanzados por la PLOA, que igualmente, como previsión de futuro, ha de extenderse a su actuación al aplicar la Ley, caso de ser aprobada, necesariamente libre de toda coacción.

17. A tal efecto debe reiterarse que hay un aspecto de la contraprestación convenida, a integrar por el PSOE –hoy con una evidente identidad con el Gobierno— en el Acuerdo político suscrito que no puede asumirse desde

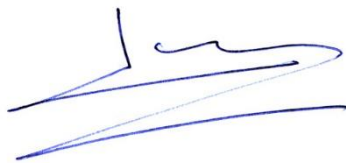
¹⁴ Me remito a tal efecto a lo indicado en nota 4.

una perspectiva de legalidad contractual ni tampoco constitucional por resultar flagrantemente contrario al principio de autonomía e independencia judicial así como a la necesaria separación de poderes. Es el punto, que forma parte del Acuerdo 3 anteriormente transcrito, referido a la existencia de comisiones de investigación con eventuales consecuencias disciplinarias, etc.. Dicho acuerdo apunta directamente a los Jueces como eventuales autores de tal proceder responsable. Y si bien la PLOA omite el tratamiento de esta cuestión, aparentemente persiste tal obligación que se ha materializado inicialmente en la aprobación de esas Comisiones Parlamentarias, con citación de jueces, cuya presencia sin duda pende de la voluntad de la mayoría parlamentaria. Por otro lado, no existe noticia de la consensuada abrogación de este pacto que forma parte unitaria de la prestación donde se contiene la aprobación de la Ley de Amnistía. Tal continuidad, de ser cierta, aboca fatalmente a la nulidad radical del pacto y, desde una perspectiva constitucional, caso de formar parte inescindible con el ofrecimiento de la ley de amnistía, llevaría sin duda a la inconstitucionalidad de la prestación unitariamente comprometida.

No debe olvidarse que, al parecer, hay un verificador *extranei* que periódicamente se reúne con las partes del acuerdo político para verificar el cumplimiento de las prestaciones comprometidas, de lo cual pende como acuerdo final “*la estabilidad de la legislatura*”, sin que se tenga noticia real de variación novatoria alguna de los compromisos adquiridos.

Madrid, 25 de marzo de 2024

EL PRESIDENTE (P.S.) DEL CGPJ



Vicente Guilarte Gutiérrez

