

EL DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE LA AMNISTÍA¹

The constitutional debate on amnesty

MANUEL ARAGÓN REYES

Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

manuel.aragon@uam.es

Cómo citar/Citation

Aragón Reyes, M. (2024).

El debate constitucional sobre la amnistía.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 28(2), 361-387.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.28.13>

Resumen

La complejidad del debate sobre el encaje constitucional de la amnistía ha generado una enorme división jurídica y política. En nuestra opinión, la amnistía es inconstitucional al suponer una quiebra del principio de igualdad que proclama la Constitución y una clara merma del principio de separación de poderes que se exige a cualquier Estado constitucional.

Palabras clave

Amnistía; Constitución; Estado de derecho.

Abstract

The complexity of the debate on the constitutional fit of the amnesty has generated an enormous legal and political division. In our opinion, the amnesty is unconstitutional as it supposes a breach of the principle of equality proclaimed by the Constitution and a clear reduction of the principle of separation of powers that is required of any constitutional State.

¹ Este trabajo también está destinado al libro-homenaje a Paloma Biglino, de próxima publicación.

Keywords

Amnesty; Constitution; rule of law.

SUMARIO

I. LAS CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA CONTROVERSIA. II. CONSTITUCIONALISMO «MILITANTE» EN OPOSICIÓN A CONSTITUCIONALISMO «DISTANCIADO». III. EL SILENCIO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA AMNISTÍA. LAS CORTES GENERALES COMO UN PODER CONSTITUCIONALMENTE LIMITADO. IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. LOS EJEMPLOS QUE FACILITA EL DERECHO COMPARADO. EL DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE VENECIA SOBRE LOS REQUISITOS QUE, EN ABSTRACTO, EL ESTADO DE DERECHO EXIGE A LAS AMNISTÍAS. UN APUNTE SOBRE NUESTRO CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO. VI. LA FINALIDAD PROCLAMADA POR LA LEY DE AMNISTÍA Y, EN RELACIÓN CON ELLA, SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD POR INCURRIR EN ARBITRARIEDAD. VII. CONCLUSIONES: EL MAYOR PESO DE LAS RAZONES QUE SOSTIENEN LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE AMNISTÍA. VIII. *BIBLIOGRAFÍA*

I. LAS CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA CONTROVERSIA

Como era de esperar, la comunidad de los juristas españoles se ha pronunciado profusamente sobre la constitucionalidad de la proposición de ley de amnistía que se tramitó en las Cortes Generales, aprobada el pasado 30 de mayo y publicada en el *BOE*, con inusitado retraso, el 11 de junio. Las posiciones han sido divergentes: unas en contra y otras a favor de la constitucionalidad.

Una primera aproximación a ese debate pone de manifiesto unos datos que no pueden obviarse: la mayoría de los juristas académicos que se han pronunciado públicamente en esta controversia han sostenido la inconstitucionalidad de la ley de amnistía, más aún, todos los dirigentes del partido y el Gobierno que en otoño de 2023 impulsaron esa ley habían rechazado rotundamente cualquier amnistía, por inconstitucional, antes de las elecciones del 23 de julio de 2023.

Por otro lado, la Secretaría General del Congreso de los Diputados había estimado inconstitucional una proposición de ley de amnistía de 2021, similar a la de ahora, y que entonces, por esa razón, fue rechazada por la Mesa del Congreso; aunque, pese a ello, la nueva Secretaría General de la Cámara, cambiando radicalmente el criterio anterior, no estimó que fuese abiertamente inconstitucional la amnistía que ahora se pretende, y en ese cambio de criterio se apoyó la Mesa del Congreso para admitirla a trámite, aunque, después, los

letrados de las Cortes en la Comisión de Justicia sí la han estimado inconstitucional, y lo mismo ha hecho, de manera aún más rotunda y fundamentada, la Secretaría General del Senado. También las asociaciones profesionales de jueces, de fiscales, de abogados, de abogados del Estado, de diplomáticos, de inspectores de Hacienda, de inspectores de Trabajo y de otros altos funcionarios han manifestado su oposición a la ley de amnistía por considerarla inconstitucional.

Pero esos datos, sin duda relevantes, no pueden ser concluyentes acerca de la superioridad del criterio de unos u otros (los detractores o los defensores de la ley de amnistía), puesto que, para aquilatar en derecho la validez de las razones en liza, las que importan no son tanto las basadas en la cantidad, sino en la cualidad, esto es, las que se sustentan exclusivamente en sopesar cuáles son (ya sean mayoritarios o minoritarios) los argumentos jurídicamente mejor fundados².

De ahí que sea necesario examinar los puntos fundamentales³ de la controversia, que pueden resumirse en cuatro. Los tres primeros, referidos a la amnistía en general, son el dato de que la Constitución no ha previsto expresamente la amnistía y, en relación con ello, la competencia de las Cortes Generales a la hora de legislar; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y los ejemplos que facilita el derecho comparado. Un último punto, referido a la concreta amnistía propuesta (y ya aprobada), está radicado en la finalidad de la misma. Sobre esos cuatro puntos se han manifestado de manera distinta los detractores y los defensores de la constitucionalidad de la amnistía.

A partir de ahí, lo que se pretende en el presente trabajo es examinar las posiciones de unos y otros en relación con los puntos aludidos⁴, con el objetivo

² Ese es, me parece, el único criterio válido para pronunciarse, en derecho, sobre esta polémica.

³ Dejo de lado otros más concretos, aunque no carezcan de importancia, como los referidos a determinados preceptos de la ley de amnistía, que plantean problemas serios en relación con determinados delitos, con el ámbito temporal al que la amnistía se extiende y, en general, con el principio de seguridad jurídica, o con instituciones de derecho interno o de derecho de la Unión Europea, así el precepto que parece desfigurar la naturaleza y efectos de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial. Para evitar una desmedida extensión de este trabajo, he preferido fijarme solo en los problemas constitucionales más generales e incisivos que en la polémica se han suscitado.

⁴ El despliegue de esa polémica en prensa, en revistas especializadas y en libros ha sido intenso. La cita sería muy extensa, y por ello improcedente aquí, aparte de ser suficientemente conocida, aunque las posturas principales en liza pueden perfectamente resumirse en las adoptadas por los cuatro autores de los trabajos sobre la ley de amnistía

de sopesar la mayor o menor solidez jurídica de los argumentos esgrimidos. Aunque mi posición sobre ese debate, sosteniendo la inconstitucionalidad de la amnistía, la he hecho pública y es bien conocida, y de ella, obviamente, ni quiero ni puedo desprenderme⁵, intentaré realizar aquel examen con la mayor objetividad posible, admitiendo, por supuesto, que mi razonamiento está sometido a la crítica de aquellos que, legítimamente, piensen de manera distinta⁶.

publicados en el último número, 131, mayo-agosto de 2024, de la *Revista Española de Derecho Constitucional*: defiende la completa constitucionalidad tanto de la amnistía en abstracto como de la ley de amnistía en concreto García Roca (2024); denuncia la completa inconstitucionalidad de ambos supuestos Tajadura (2024); no descarta la constitucionalidad en abstracto de la amnistía, pero sostiene, aunque con dudas y sin rotundidad, la inconstitucionalidad de esta concreta ley de amnistía Guerrero (2024); y defiende la constitucionalidad de la amnistía en abstracto, pero denuncia, de manera rotunda, la inconstitucionalidad de esta concreta ley de amnistía Aguado (2024). No obstante, por su especial entidad, debo añadir, a los que acaban de citarse, dos trabajos más: Paz-Ares (2024), que sostiene la constitucionalidad de la institución de la amnistía, pero entiende que la ley de amnistía es inconstitucional; y Ruiz Robledo (2024), que estima que es inconstitucional tanto la amnistía en abstracto como la ley de amnistía en concreto.

⁵ Todo constitucionalista comprometido con su oficio, al examinar la polémica constitucional sobre la amnistía, es, inevitablemente, juez y parte. Ningún jurista que se precie puede enfrentarse a este asunto desde una posición completamente aséptica, o mejor, relativista hasta el punto de sostener, simultáneamente, la constitucionalidad y la inconstitucionalidad, con violación del principio de no contradicción. Razonando en derecho, los diversos juristas pueden sostener posiciones diferentes e incluso contrapuestas, ello es obvio. Pero, desde una misma posición, no cabe sostener, individualmente, con la misma fuerza, una solución y la contraria, pues, para un jurista, las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo. Mi posición, expuesta en artículos de prensa (véanse Aragón *et al.*, 2024, y Betancor, 2024), es clara en cuanto que, desde el punto de vista del ordenamiento español, considero inconstitucional no solo la institución de la amnistía en abstracto, sino también la concreta ley de amnistía que se ha dictado.

⁶ El respeto intelectual hacia los discrepantes así lo exige. Por ello no me parece de recibo que algunos acudan a motivaciones políticas, y no jurídicas, para juzgar la polémica; véase Paz-Ares (2024: 28): «Entre nuestros doctores de derecho constitucional parece que ha hecho mella la polarización política», añadiendo: «me temo [que] la división doctrinal acerca de admisibilidad constitucional de la figura en abstracto [no] habría sido tan marcada si esta amnistía en concreto hubiese sido acordada por el PSOE y el PP». Este tipo de juicio de intenciones, o de presunción sin base objetiva alguna, me extraña en un jurista serio como él, puesto que muchos de los juristas españoles que, en esta polémica, se han pronunciado a favor de la inconstitucional-

Dicho ello, antes de examinar las posiciones en liza acerca de esos puntos que he considerado esenciales, procede detenerse en una cuestión previa, de carácter conceptual y metodológico: la supuesta diferencia entre un «constitucionalismo militante» y un «constitucionalismo distanciado» que, en relación con la amnistía, algún autor ha esgrimido⁷.

II. CONSTITUCIONALISMO «MILITANTE» EN OPOSICIÓN A CONSTITUCIONALISMO «DISTANCIADO»

Esa supuesta distinción quizás sea la clave fundamental para comprender la diferente postura entre los que defienden que la Constitución permite la amnistía y los que, por el contrario, sostienen que la Constitución no la permite. Para unos, la Constitución es solo un marco en el que las políticas legislativas se pueden mover con una capacidad «casi» ilimitada, de manera que el jurista, al interpretar la Constitución, ha de respetar la libertad de decisión política de la representación popular en todo aquello que la Constitución expresamente no haya prohibido. Esa, resumidamente, puede ser la concepción que descansa bajo el término de constitucionalismo «distanciado».

Para otros, la vinculación negativa de la ley a la Constitución solo opera respecto de las cláusulas de apertura constitucional para garantizar el pluralismo, pero no respecto del contenido infranqueable (podríamos decir, el «contenido esencial») de los principios y reglas constitucionales de obligatorio cumplimiento. En este ámbito, la ley no está vinculada negativamente a la Constitución, sino positivamente, desde el punto de vista de que no pueden las Cortes Generales vulnerar o desfigurar aquellas reglas y principios. A los que defienden esa concepción se les atribuye que practican un constitucionalismo «militante».

Creo que esta distinción es difícilmente aceptable, conceptual y metodológicamente. La Constitución española, cualquier constitución, hay que tomársela en serio y ello significa que las Cortes Generales (y todos los demás poderes públicos) han de encontrarse sometidos a la Constitución, de manera que, si por militante se entiende la defensa de la Constitución frente a la libertad omnímoda del legislador, todo constitucionalismo ha de ser militante.

lidad, en abstracto, de la amnistía sostienen que ni siquiera una amplia mayoría parlamentaria que apoyase una concreta amnistía podría salvar dicha inconstitucionalidad.

⁷ García Roca (2024).

Lo que sucede es que el término «militante» no es acertado para aplicarlo al constitucionalismo. «Distanciado», tampoco. Una cosa es la «democracia militante» o «no militante», asunto complejo y que está referido a la libertad ideológica y sus posibles límites, y otra bien distinta es la de la naturaleza jurídica y el significado de la Constitución.

Si el jurista no se toma la Constitución en serio, si se «distancia» de sus inequívocos postulados, lo que puede suceder no es otra cosa que la «desnormativización» de la Constitución, por cierto, en contradicción de lo que dispone el art. 9.1 CE. La Constitución, como se ha dicho tantas veces, no es una página en blanco en la que el legislador pueda escribir a su capricho, tampoco el Tribunal Constitucional. La Constitución ha de ser cumplida por todos los poderes públicos, incluido el legislador (y, por supuesto, el Tribunal Constitucional), ya que ninguno de ellos es soberano, y por ello se encuentran limitados formal y materialmente por las reglas y principios que la Constitución establece. En consecuencia, no creo que pueda hablarse de constitucionalismo «militante» ni de constitucionalismo «distanciado», sino simplemente de «constitucionalismo», esto es, de defender que la Constitución impone límites formales y materiales a los poderes del Estado que ninguno de ellos puede traspasar.

La confusión intelectual en que quizás descansa la distinción que se está examinando, no siendo igual, podría ser próxima a la que subyace en la tan difundida pretensión de «desjudicializar» la política, algo plausible si se entiende como la potenciación de la capacidad de diálogo y de transacción en la actividad política y el reforzamiento de los controles políticos (en especial el parlamentario), hoy tan débiles, para no tener que acudir, en última instancia, a los controles jurisdiccionales; pero inaceptable si se entiende como la inmunidad, frente al derecho, de los políticos y de las decisiones de los órganos públicos. El Estado de derecho no permite este último entendimiento.

Hechas estas observaciones iniciales, procede ya entrar en los puntos concretos de la controversia.

III. EL SILENCIO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA AMNISTÍA. LAS CORTES GENERALES COMO UN PODER CONSTITUCIONALMENTE LIMITADO

Para los partidarios de la constitucionalidad de la amnistía, el silencio de la Constitución acerca de ella avala precisamente su constitucionalidad, porque «el legislador puede hacerlo todo menos lo prohibido expresamente por la Constitución». A mi juicio (y al de la mayoría de los juristas que sobre este punto se han pronunciado), ese razonamiento no puede compartirse, ya que la Constitución no contiene solo prohibiciones expresas (por ejemplo,

entre muchas otras, respecto a la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en el art. 9.3; de la tortura, las penas y tratos inhumanos o degradantes, o la pena de muerte, en el art. 15; de la ampliación del período máximo de detención preventiva, en el art. 17.2; de la censura de publicaciones, en el art. 20.2; del mandato imperativo de diputados o senadores, en el art. 67.2). También, y necesariamente, contiene prohibiciones implícitas en cuanto que el establecimiento, con carácter obligatorio, de reglas y principios inequívocos (entre otros, el Estado de derecho, la independencia y exclusividad de la función judicial, la igualdad en la ley y ante la ley de todos los ciudadanos, la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y podrían ponerse muchos más ejemplos) implica la prohibición de vulnerarlos.

Es cierto que el Estado de derecho es un principio jurídico, pero ello no conduce a entender que, como tal principio, al no ser «una regla perentoria [...] su alcance pueda ser limitado para garantizar fines constitucionalmente significativos en el marco del test de proporcionalidad»⁸. Esta idea (que otros juristas también predicán respecto de los derechos fundamentales, relativizando su contenido esencial hasta el extremo de que queda enteramente subsumido en el principio de proporcionalidad) nunca la he compartido, en primer lugar, por una razón de carácter general: la de que, en la democracia constitucional, los fines, por muy legítimos que fueran, no pueden justificar cualesquiera medios para alcanzarlos, salvo que se entendiese que el principio de proporcionalidad es una especie de puerta abierta para desmontar las prescripciones inequívocas de la Constitución. En segundo lugar, por una razón de carácter particular: el Estado de derecho es un principio, pero, como principio estructural, se integra también por determinadas reglas constitucionales específicas (igualdad de derechos y reserva de jurisdicción, entre otras más atrás aludidas), y tales reglas tienen un significado esencial o propio que no puede ser desvirtuado mediante la apelación al «mal menor», esto es, a un fin cuya consecución se persiga a costa de la vulneración de aquellas reglas que la Constitución inequívocamente ha establecido.

No hace falta mucho más para desvirtuar aquella hipótesis de que el legislador puede hacerlo todo menos lo prohibido «expresamente» por la Constitución. Es claro que la Constitución no prohíbe expresamente la esclavitud, tampoco el robo, la calumnia o la injuria, por poner algunos ejemplos, que hay más; pero es obvio que esos actos los prohíbe por contrarios a los derechos a la libertad personal (art. 17.1), la propiedad privada (art. 33.1) o el honor (art. 18.1).

⁸ Paz-Ares (2024: 21-22).

El silencio de nuestra Constitución sobre la amnistía no determina, pues, que esté permitida. Al contrario, como excepción que es a los principios del Estado de derecho, y en particular a la exclusividad de la función jurisdiccional, a la seguridad jurídica y a la igualdad de todos los españoles ante la ley, la amnistía tendría que estar prevista expresamente en la propia Constitución, pues, en derecho, toda excepción a una regla general ha de ser expresa. No es preciso extenderse acerca del significado de aquellos principios, por ser suficientemente conocido, aunque no está de más subrayar que el de exclusividad de la función jurisdiccional, al que cabría llamar «reserva de jurisdicción», implica que solo los órganos judiciales pueden individualizar en los casos concretos la aplicación general de las leyes, y en especial de las leyes penales⁹, de manera que esa potestad no corresponde al legislador y, por ello, ni cabe que este tipifique «delitos de autor» ni, por lo mismo, amnistías «de autor»¹⁰. Más todavía, y aunque la interpretación de la Constitución según la voluntad constituyente no sea la más determinante, ya que lo es la interpretación «objetiva» y sistemática antes aludida, no puede silenciarse que las Cortes constituyentes rechazaron dos enmiendas que pretendían incluir la amnistía.

Por otra parte, si, como algunos entienden, la amnistía forma parte del derecho de gracia atribuido al rey por el art. 62.i) CE, ello difícilmente podría servir de apoyo a la constitucionalidad de la amnistía, en cuanto que, al prohibirse allí que la ley pueda autorizar indultos generales, con mayor motivo tendría que admitirse que no puede otorgar amnistías. Que la amnistía y el indulto sean instituciones distintas no vale para quebrantar ese argumento, puesto que esa distinción descansa en una razón de cantidad más que de cualidad, esto es, en que, a diferencia de los indultos (que solo revisan una pena impuesta), la amnistía tiene unos efectos mucho más amplios e incisivos (extingue por completo la responsabilidad penal). Si el legislador tiene

⁹ Téngase en cuenta que esa reserva de jurisdicción, aunque relativa en asuntos de derecho privado, en los que cabe acudir al arbitraje como «equivalente jurisdiccional», es absoluta en asuntos de derecho público y, muy en particular, de derecho penal.

¹⁰ Cosa distinta es que la amnistía fuera la consecuencia de una derogación de tipos penales (realizada por la propia ley de amnistía o conectada con una ley previa) que se consideren injustos o simplemente improcedentes (que es, como se verá después, lo que sucede en Alemania), con los correspondientes efectos retroactivos favorables. En ese supuesto, que en España no sería técnicamente una amnistía y que ya, por cierto, se ha producido mediante decisiones del legislador, no habría unos beneficiarios «particulares» o «individualizados», sino una afectación «general y abstracta». Lo que abunda en el rechazo constitucional de una amnistía que, como sucede en España, declare «inmunes» a determinadas personas respecto de la comisión de delitos (o de otras infracciones) que, no obstante, continúan vigentes en el ordenamiento jurídico.

prohibido lo «menos» (los menores efectos de un indulto general), no puede aceptarse que no tenga prohibido lo «más» (los mayores efectos de una amnistía). Ese argumento, importante, y que no cabe desdeñar con la ligereza con que algunos lo han hecho, necesita, no obstante, de una más amplia explicación, o quizás de un replanteamiento anclado en el ámbito del «derecho de gracia» del art. 62.i) CE.

De una correcta interpretación constitucional se deriva que el «derecho de gracia» allí previsto (y que proviene de la antigua «gracia» del monarca absoluto) es hoy, en España, una potestad del poder ejecutivo, titular efectivo de ella, aunque formalmente se requiera de la intervención regia, obligada. Por ello, el «derecho de gracia», como acto de «ejecución» y no de «legislación», únicamente comprende el indulto y no puede albergar la amnistía. Más aún, la prohibición de los indultos generales establecida en el último inciso del art. 62.i) no está referida al poder ejecutivo, sino al legislador, como más atrás ya se apuntó. Cabría sostener, pues, como también antes se dijo, que, si la ley no puede autorizar indultos generales, con mayor motivo no puede autorizar amnistías.

De todos modos, lo que es claro es que la potestad de otorgar una amnistía, en cuanto que es una medida que suspende para determinadas personas su sometimiento a las leyes (y especialmente al Código Penal, declarándoselas inmunes respecto de la realización de actos que estuvieron y siguen estando tipificados como delitos), es materia que ha de estar reservada a la decisión del poder legislativo. Así es, sin excepción, en casi la totalidad de las democracias constitucionales. Y ya se vio antes que, en España, cabe razonablemente entender que el legislador, sin autorización constitucional expresa, no puede adoptar esa medida; como, añadido, tampoco cabría entender que, sin estar previstos expresamente en la Constitución, como lo están, pudiesen dictarse indultos particulares, en cuanto que suponen una suspensión, para casos determinados, de la exclusiva potestad jurisdiccional para juzgar y por ello para imponer penas (art. 117.3 CE) y de la obligación constitucional del necesario cumplimiento de las mismas (art. 118 CE).

No puedo dejar de aludir a un «sorprendente» argumento, utilizado por alguno de los autores que defienden la constitucionalidad de la amnistía en abstracto: el que se sustenta en que «el hecho mismo de que el art. 87.3 CE prohíba la tramitación de una ley de amnistía por iniciativa popular debería en efecto entenderse como reconocimiento o confirmación de que permite sustanciarla por el procedimiento ordinario, a instancias del Gobierno o de las propias Cortes»¹¹. La inexactitud de lo que ahí se dice es patente, así como la

¹¹ Así, literalmente, Paz-Ares (2024: 36).

contradicción en que se incurre, puesto que esa prohibición del art. 87.3 CE no está referida literalmente a la «amnistía», sino exactamente a «lo relativo a la prerrogativa de gracia» [del art. 62.i) CE], esto es, al indulto (en este caso a su regulación legal), dado que cabe sostener, razonablemente, que dicha prerrogativa de gracia no comprende la amnistía, sino únicamente el indulto, como el mismo autor, por cierto, sostiene.

No está de más, para cerrar este punto, advertir sobre un repetido error que difunden reiteradamente determinados políticos e incluso autoridades públicas, al decir que en las Cortes Generales «reside» la soberanía nacional. La Constitución es clara: la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE). Las Cortes (sus dos Cámaras) solo «representan» al pueblo español (art. 66.1 CE), pero no pueden «sustituirlo» en su potestad, exclusiva y excluyente, de expresar la voluntad de la nación soberana (art. 1.2 CE). Por ello, en España y en cualquier otra democracia constitucional, el Parlamento no es soberano, puesto que, si así fuera, la Constitución desaparecería como norma jurídica suprema. Incluso en el Reino Unido, regido por una Constitución antigua y no moderna, donde de modo tradicional se había venido sosteniendo que el Parlamento es soberano, hoy ya se están controlando jurisdiccionalmente determinadas decisiones parlamentarias.

Alguna cita, descontextualizada y leída con ligereza, de la jurisprudencia constitucional, así la de la STC 35/1982, en la que se dice que «no hay materia alguna en la que, estando la legislación atribuida al Estado, no pueda ser regulada por el legislador» [que es] «un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución)», que algún autor toma como confirmación de su tesis de que la ausencia de una prohibición constitucional expresa supone una ausencia de limitación constitucional, no prueba en modo alguno la capacidad «cuasi» ilimitada del poder legislativo. Tampoco otra cita jurisprudencial, en este caso de la STC 76/1983, igualmente aducida como confirmatoria de que el legislador es «cuasi» omnipotente, resulta válida para confirmar dicha tesis. En esta STC se dirá que «[n]o cabe duda [...] [en] que 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 no resultan válidas a estos efectos, de un lado, porque la primera cita se refiere únicamente al simple ámbito material de las leyes, que en las materias de competencia estatal no está limitado, como es obvio, pero ello no significa que el contenido (no el ámbito) de esas leyes quede en manos de la absoluta libertad del legislador (la misma cita se cuida de advertir que tal libertad del legislador solo es lícita si está «dentro de la Constitución»). De otro lado,

porque la segunda cita lo único que viene a expresar es el principio de competencia universal del legislador estatal, que no puede quedar reducido a los títulos específicos que tenga constitucionalmente atribuidos, ya que sus competencias, a diferencia de las de las comunidades autónomas, no son de estricta atribución (aunque, como es obvio, estén limitadas por las estrictamente atribuidas a esas comunidades), aunque la propia STC también se cuida bien de advertir que esa capacidad del legislador estatal está limitada por la propia Constitución. Y, por último, porque la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de afirmar reiteradamente, hasta ahora, que las prescripciones legales solo son lícitas si no vulneran los principios y reglas constitucionales.

Cosa distinta es que, como el Tribunal Constitucional ha mantenido desde siempre, el legislador posea una amplia libertad de configuración, porque la ley no es ejecución de la Constitución, a diferencia del reglamento, que sí es ejecución de la ley. Ahora bien, esa capacidad de apertura, para garantizar el pluralismo político, no significa en modo alguno que el legislador pueda quebrantar los principios y reglas constitucionales que limitan, necesariamente, el pluralismo político y la capacidad de acción de las mayorías parlamentarias. Hoy no puede decirse en serio, como ha dicho, quizás inadvertidamente, algún autor, que el legislador, en España, plasma en su labor la «voluntad general rousseauniana», idea que, como es sabido, no es la propia de una democracia constitucional, sino de un despotismo de la mayoría. Todo esto es tan claro que quizás ni siquiera hubiera merecido la pena explicarlo, si no fuera porque vivimos en tiempos de un cierto «confusionismo» constitucional.

Por último, y a partir de la incompetencia del legislador para decidir una amnistía no prevista en la Constitución, cabe plantearse que, además, la opción tomada de hacerlo por ley orgánica podría ser criticable, dado el carácter restrictivo que, según la jurisprudencia constitucional, ha de darse a la reserva material expresada por la CE para dicho tipo de leyes. En tal sentido, la previsión del art. 81.1 CE, «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», difícilmente encaja con la naturaleza y objeto de una amnistía.

Dicho todo lo anterior, es cierto que algunos detractores de la amnistía, aunque admiten su constitucionalidad en abstracto (y al examen crítico de esa postura se han dedicado las observaciones anteriores), entienden que, sin embargo, esta concreta ley de amnistía sí es inconstitucional por incurrir en arbitrariedad. Sobre ello se tratará en la última parte de este trabajo referida a los fines proclamados por la ley de amnistía.

No obstante, y como no está conectado exactamente al vicio de arbitrariedad, conviene en este momento disipar un equívoco que, a mi juicio, se ha producido en algún autor al tratar de la amnistía, y que consiste en criticarla jurídicamente por la única razón de que no fue objeto de debate electoral en

los comicios de 23 de julio de 2023, puesto que ni el Gobierno ni el Partido Socialista, que después la impulsaron, la incluyeron en su programa, que partía, precisamente, de un constatado rechazo anterior respecto de tal posibilidad. Creo que esa reflexión es procedente como crítica política, pero no puede transmutarse en una crítica jurídica, ya que, aun si hubiera sido objeto de ese debate ciudadano, lo que no sucedió, ello no serviría como argumento para sustentar la validez de la amnistía. Nuestra democracia constitucional no es solo procedimental, sino también material, de manera que, aunque la amnistía hubiera sido objeto del debate electoral y, en consecuencia, sobre ella se hubieran pronunciado los ciudadanos al emitir sus votos, eso, por sí solo, no apoderaría al legislador para dictarla si al hacerlo quebranta reglas y principios constitucionales de carácter estructural o sustantivo.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Otro de los argumentos esgrimidos por los defensores de la constitucionalidad de la amnistía reside en que, según ellos, la jurisprudencia constitucional la avala. Ese razonamiento es difícil de compartir, puesto que las SSTC a las que se acude no resultan, creo, de aplicación a una ley de amnistía dictada después de la Constitución acerca de un derecho también emanado con posterioridad a la misma. Ni el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esa hipótesis ni ha habido, por lo demás, ninguna ley de amnistía posconstitucional¹².

Precisamente la STC 147/1986 dictada sobre la Ley 1/1984 (que tenía por objeto extender los efectos de la preconstitucional Ley de Amnistía de

¹² No pueden calificarse como «amnistías» las mal llamadas «amnistías tributarias o fiscales», de las que ha habido varias desde la entrada en vigor de la Constitución. Como bien han dicho reputados expertos en derecho tributario, esos supuestos no son propiamente amnistías, sino «declaraciones tributarias especiales», que, para reparar posibles fraudes, establecen una vía que permita la recuperación por la Hacienda pública (incluso con recargos) de los ingresos que en su día no fueron declarados por el contribuyente ni obtenidos, en consecuencia, por Hacienda. Se trató, pues, de un procedimiento de «regularización fiscal», que no supuso ni perdón ni exoneración de la deuda tributaria. La propia STC 73/2017 así las llama («declaraciones tributarias especiales») y, por cierto, la inconstitucionalidad que allí imputó a ese tipo de supuesto entonces juzgado, la basó el Tribunal exclusivamente en la razón de que esa medida se adoptó por decreto-ley, norma inválida para regular una materia como esta que, según el art. 86.1 CE, ha de estar excluida de la legislación de urgencia. Por ello, a mi juicio, no puede servir esta STC como apoyo o negación acerca de la constitucionalidad de las amnistías posconstitucionales.

1977) dejará claro que dicha ley de 1984 «no tiene sentido autónomo, sino que puntualiza algunos aspectos discutidos del régimen jurídico de la ley de 1977 [...] No se trata, pues, de una nueva amnistía, sino de nuevos aspectos añadidos al régimen jurídico de la única existente» (FJ 2). Y en cuanto que esa ley sí atribuye, en un momento posconstitucional, nuevos efectos a la ley de 1977, los declarará inconstitucionales por contravenir el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE. Tampoco fue, sin duda alguna, una nueva ley de amnistía la 37/1984, que excluía de determinados derechos y beneficios a militares profesionales del ejército republicano y que la STC 116/1987 estimó que estaban incurso en una inconstitucionalidad parcial. Como tampoco se refería para nada a la constitucionalidad de la amnistía la STC 81/2022, relativa al Convenio de Estrasburgo sobre traslado de un Estado a otro de personas condenadas, ya que lo único que viene a decir es que el art. 12 de ese convenio permite a las partes «conceder el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena de conformidad con su Constitución».

En consecuencia, no cabe extraer de esas SSTC, como algunos opinan, doctrina del Tribunal Constitucional acerca de si es posible o no dictar una amnistía después de la Constitución. Y lo mismo puede decirse de otras SSTC, como las 28/1982 y 63/1983, a propósito de algunas expresiones descontextualizadas que contienen. Respecto de la primera, porque en ella ni siquiera se trató de examinar la Ley de Amnistía de 1977, sino decretos de 1936 y 1977 que el Tribunal consideró que no podía tener en cuenta porque nunca podrían utilizarse «para volver a la vida normas que nunca existieron como tales para el ordenamiento en el que la *lex superior* viene a superponerse» (FJ 2). Y, respecto de la segunda, que sí se pronuncia sobre la Ley de Amnistía de 1977, lo que viene, claramente, es a considerarla como una medida excepcional que respondió, en ese momento histórico, a «una razón de justicia, como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un derecho anterior [...] cuya corrección se hizo indispensable» (FJ 2).

En definitiva, me parece que de aquella jurisprudencia no cabe deducir de manera inequívoca, como algunos pretenden, el aval para una amnistía que se dictase después de la entrada en vigor de la Constitución y relativa a la aplicación del derecho posconstitucional.

Dicho ello, sí quiero tratar, separadamente, de un argumento también empleado para defender la constitucionalidad de la actual ley de amnistía, que consiste en que el hecho de que el Tribunal Constitucional no haya declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía de 1977 confirma la constitucionalidad de la actual ley de amnistía.

Ese argumento me parece incorrecto, primero, porque el Tribunal, en los casos en que hubo de pronunciarse sobre aquella amnistía, dejó muy claras dos cosas: a) que la Constitución no tiene efectos retroactivos, de manera que no

podía considerar inválida, de acuerdo con la Constitución vigente, aquella ley adoptada cuando aún la Constitución no existía; y b) que aquella Ley de Amnistía se dictó para poner fin a las trágicas consecuencias de la Guerra Civil que aún perduraban, y por ello a remediar la aplicación, entonces, de un derecho injusto. Y segundo, porque difícilmente podría apreciar el Tribunal la inconstitucionalidad sobrevenida y declarar derogada aquella ley privándola de los efectos que aún pudiera tener, en la medida en que su fin, entonces (la reconciliación nacional y el establecimiento de la democracia), vendría a allanar el camino que nos conduciría después al establecimiento de la Constitución.

En consecuencia, no creo que pueda sostenerse que el Tribunal, al no declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la amnistía de 1977 y por ello su derogación, avalara la posibilidad de una amnistía que se pudiese acordar, de acuerdo con la Constitución, a partir de 1978 y relativa a la exoneración del incumplimiento de la legislación constitucional y democrática producida desde entonces.

Por lo demás, otro de los argumentos utilizados, el de que la aprobación por el legislador de 1977 de la Ley de Amnistía de aquel año, que fue el mismo legislador que, como constituyente, después debatiría y aprobaría la Constitución de 1978, pone de manifiesto que «tenía que ser consciente» de que la no inclusión de la amnistía en la Constitución no significaba la prohibición constitucional de la misma, es un argumento basado en presunciones subjetivas, que, como tal, carece, jurídicamente, de entidad. Aquella Ley de Amnistía, cuando aún no existía Constitución, se dictó en unas circunstancias institucionales extraordinarias y en atención a unos fines históricos que la hicieron absolutamente singular. Ese antecedente no puede tomarse como prueba de que el posterior silencio de la Constitución sobre la amnistía significase su «tácita» autorización.

V. LOS EJEMPLOS QUE FACILITA EL DERECHO COMPARADO. EL DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE VENECIA SOBRE LOS REQUISITOS QUE, EN ABSTRACTO, EL ESTADO DE DERECHO EXIGE A LAS AMNISTÍAS. UN APUNTE SOBRE NUESTRO CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO

Como recuerda el dictamen de la Comisión de Venecia de 18 de marzo pasado acerca de la proposición de ley de amnistía que se estaba tramitando en las Cortes Generales, en la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa la amnistía está autorizada expresamente por la Constitución, en algunos casos exigiéndose mayorías parlamentarias muy cualificadas para acordarla o incluso excluyendo de la amnistía solo determinados delitos.

No obstante, también constata el dictamen que en una minoría de Estados miembros la amnistía no está prevista en la Constitución, pero ha sido acordada por el legislador, aunque a veces con exigencia de mayorías cualificadas y con algunos límites materiales respecto del ámbito penal al que la amnistía puede extenderse.

En todo caso, la Comisión de Venecia advierte que la amnistía, en un Estado de derecho, es, y ha de ser, generalmente, una competencia del legislador y no del gobierno, a diferencia del indulto.

También la Comisión de Venecia señala que no es su cometido analizar al proyecto de ley de amnistía a la luz de la Constitución española (que ello, dirá, es cometido del Tribunal Constitucional y de los «expertos constitucionalistas españoles»). Tampoco hará ese análisis a la luz del derecho de la Unión Europea (que ello, dirá, compete al Tribunal de Justicia de la Unión). Solo estudiará el asunto respecto del cumplimiento de los requisitos que, en abstracto, el Estado de derecho exige a las amnistías. Lo que no significa, insistirá, que en determinados ordenamientos constitucionales se impongan otros requisitos complementarios. Ello corresponde a la autonomía constitucional de cada uno de los Estados miembros del Consejo.

Pues bien, ateniéndose únicamente a los estándares generales y abstractos que el Estado de derecho debe cumplir respecto de las amnistías, el dictamen de la Comisión da cuenta de unos datos muy relevantes: «que la proposición de ley ha provocado feroces críticas en España y fuera de ella», que

numerosas instituciones han rechazado la proposición de ley por considerarla un ataque a la independencia del poder judicial y a la igualdad ante la ley, incluido el Consejo General del Poder Judicial (que advirtió, aunque antes de que se presentara la proposición de ley, que la amnistía propuesta «implica la degradación, si no la abolición del Estado de Derecho en España»), el Tribunal Supremo, los Colegios de Fiscales, el Consejo General de la Abogacía Española y la Asociación de Diplomáticos Españoles.

También que «se han celebrado manifestaciones públicas masivas contra esa propuesta de amnistía» y que, de acuerdo con las encuestas, «el 70 por ciento de los ciudadanos encuestados dijeron que estaban en contra de una ley de amnistía, frente al 26 por ciento que dijeron estar a favor de la amnistía».

Constatado ello, el dictamen contiene determinadas observaciones de relieve acerca de la proposición de ley (se destacan las más importantes):

- a) En lo que respecta a la conformidad de la ley de amnistía con la Constitución de España, la delegación de la Comisión ha escuchado con gran interés los argumentos presentados por expertos constitucionalistas españoles de opiniones contrarias. Sin embargo, no corresponde a la Comisión de Venecia pronunciarse

sobre la cuestión de constitucionalidad. Esta cuestión debe ser abordada, teniendo en cuenta esos argumentos, primero por el Parlamento español, posteriormente por los jueces ordinarios y, en última instancia, por el Tribunal Constitucional español. Sin embargo, la Comisión considera que la viva controversia que ha suscitado este asunto sugiere que sería preferible, llegado el momento, regular este asunto explícitamente mediante una enmienda constitucional.

- b) La Comisión observa que el ámbito material y temporal de aplicación de la amnistía propuesta es muy amplio e indeterminado [y] que contiene cláusulas abiertas o expresiones [que] aumentan la vaguedad. Por ello [la Comisión] recomienda acotar y definir de manera más precisa el alcance material y temporal de la aplicación de la amnistía, de manera que los efectos de la ley sean más previsibles.
- c) En cuanto al objetivo legítimo, la Comisión es consciente de las críticas [referidas a que] la proposición de ley era parte de un acuerdo político para lograr la mayoría que apoyara al Gobierno. La normalización institucional, política y social de Cataluña es, sin embargo, un objetivo legítimo y no corresponde a la Comisión evaluar la proporcionalidad de la proposición de ley de amnistía en relación con los objetivos proclamados. El Parlamento español, a la hora de decidir si, con qué contenido y por qué mayoría aprobar la proposición de ley de amnistía, tendrá que abordar la cuestión de si se puede lograr la normalización de Cataluña a pesar de que la proposición de ley ha aumentado la profunda y virulenta división en la clase política, en las instituciones, en el poder judicial, en la academia y, sobre todo, en la sociedad de España.
- d) [En cuanto a la inclusión de los delitos de terrorismo en la amnistía] la Comisión de Venecia reitera que [...] las amnistías solo son compatibles con las normas internacionales si las violaciones graves de los derechos humanos quedan excluidas de su ámbito de aplicación.
- e) Por último, la Comisión de Venecia observa que la proposición de ley de amnistía se presentó en forma de propuesta legislativa, es decir, un procedimiento sin consulta al público, a las partes interesadas y a otras instituciones estatales, y siguió un procedimiento de urgencia. Sin embargo, la proposición de ley de amnistía ha aumentado una división profunda y virulenta en la clase política, en las instituciones, en el poder judicial, en el mundo académico y en la sociedad de España. La Comisión anima a todas las autoridades y fuerzas políticas españolas a que se tomen el tiempo necesario para entablar un diálogo significativo, en un espíritu de cooperación leal entre instituciones estatales, así como entre la mayoría y la oposición, con el fin de lograr la reconciliación social y política, y a considerar la posibilidad de explorar procedimientos de justicia restaurativa.
- f) A la luz de sus consideraciones sobre la conveniencia de una mayoría cualificada suficientemente amplia para la aprobación de amnistías, la Comisión de Venecia recomienda a las autoridades españolas, aunque la Constitución no lo prevea, intentar alcanzar una mayoría cualificada superior a la mayoría absoluta de los miembros del Congreso necesaria para la adopción de una ley orgánica.

Como se ve, el dictamen de la Comisión de Venecia, que contiene determinadas críticas acerca de la proposición de ley y que, por ello, aconseja la introducción de determinadas reformas, materiales y de procedimiento, para que cumpla con los estándares generales del Estado de derecho, no supone, en modo alguno (puesto que excedería de su competencia), ni un aval a la constitucionalidad de la ley de amnistía, ni tampoco a su adecuación al derecho de la Unión Europea. Lo primero lo deja en manos de los jueces españoles, incluido el Tribunal Constitucional; lo segundo lo deja en manos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Incluso, dada la necesidad de alto consenso político que, según el Consejo de Venecia, una amnistía, en un Estado de derecho, requiere, y puesto que la amnistía no está prevista en la Constitución española, el propio Consejo alude a la conveniencia de introducir la amnistía en España mediante una reforma constitucional.

Esto es, resumidamente, lo que dice el dictamen. Pero resulta necesario también extraer alguna conclusión acerca de los datos de derecho comparado que el dictamen proporciona, ya que es claro que el ejemplo de que haya países que han dictado amnistías sin preverlo sus respectivas constituciones no puede ser empleado como argumento a favor de la constitucionalidad de la amnistía en España pese a que la Constitución no la autoriza. El dato de que en la mayoría de los ordenamientos examinados la amnistía sí esté prevista en la Constitución camina más bien en dirección contraria: la de que es preferible la solución de que una ley de amnistía esté autorizada por la norma fundamental del Estado.

De todos modos, lo relevante a efectos jurídicos no es lo que de ese examen del derecho comparado pueda extraerse, ya que la solución que habrá de darse en relación con la validez de la ley de amnistía no puede ampararse en utilizar como canon de control el derecho comparado, y menos aún un derecho comparado heterogéneo, sino la Constitución española y el derecho de la Unión Europea, únicos parámetros pertinentes para resolver, en España, ese problema. El derecho comparado puede servir, quizás, de medio auxiliar (algunos lo han denominado «quinto» criterio de interpretación) para iluminar un problema jurídico de dudosa resolución en el ámbito del derecho interno, no para sobreponerse a lo que razonablemente de este derecho quepa deducir.

Por cierto, aunque no sea determinante, conviene que la apelación al derecho comparado se haga siempre de manera rigurosa. Así, por ejemplo, no puede utilizarse, como argumento a favor de la constitucionalidad de la amnistía en España pese a que no esté prevista en la Constitución, el caso de que en Alemania se dicten amnistías, aunque la Constitución no las prevea, cuando resulta que la amnistía, en Alemania, tiene unos condicionantes que ni pueden obviarse ni pueden trasladarse a la amnistía que ahora en España se acaba de dictar. Según el Tribunal Constitucional Federal (TCF), desde la

Sentencia de 22 de abril de 1953, la concepción de la amnistía «no se percibe como una expresión de misericordia que va más allá de la ley, sino como una corrección de la propia ley». En la Sentencia del TCF de 15 de diciembre de 1959 se diría, además, que una amnistía no sería contraria a la Constitución si su redacción es abstracta y de aplicación general, siendo, por el contrario, inconstitucional si solo favorece a un grupo de personas, ya que, entonces, se vulneraría el principio de igualdad, como también se vulneraría dicho principio si la amnistía incurre en arbitrariedad. En la Sentencia del TCF de 19 de julio de 1968 se declara constitucional la amnistía porque es producto de disposiciones legales derogadas y modificadas, de manera que la amnistía es consecuencia de un nuevo orden general penal. En la Sentencia del TCF de 20 de mayo de 1970 la amnistía es constitucional porque está asociada (como en el caso de la sentencia anterior que acaba de citarse) a una reforma penal más benévola. La idea general es la de que, en Alemania, con la amnistía —allí llamada, más correctamente, «ley de impunidad»— lo que se trata de remediar es la aplicación de un derecho que el propio legislador considera (al dictar la amnistía) «injusto» o «inapropiado».

Cuando, como en el caso de Italia, la amnistía sí que puede tener los efectos de declarar «inmunes» a personas determinadas o grupos de personas por sus actos delictivos (aunque el delito continúe después vigente), la afectación de las reglas y principios constitucionales propios del Estado de derecho se ha considerado tan intensa que no solo ha necesitado de una expresa previsión constitucional, con la exigencia, para la aprobación parlamentaria de la amnistía, de la misma mayoría cualificada que para la reforma constitucional, dos tercios en cada una de las dos Cámaras, sino además (según la doctrina del Tribunal Constitucional italiano) de una correcta adecuación entre medios y fines regida por la proporcionalidad, que puede ser controlada por ese mismo Tribunal.

Y es que, en realidad, la amnistía, en situaciones de normalidad constitucional, y al margen de su utilización en situaciones de cambio radical de regímenes políticos, no está destinada a remediar las consecuencias de un derecho anterior que se deroga por injusto o inapropiado (de ahí la inconveniencia de trasladar a nuestro ordenamiento el caso de la amnistía en Alemania), sino a declarar la impunidad de conductas que se realizaron durante la vigencia de un derecho que se tiene por justo y apropiado y que, por ello, continúa subsistiendo.

De ahí que la amnistía deba ser concebida, desde el punto de vista general, como una «excepción» a las reglas constitucionales derivadas del Estado de derecho y, por ello, a mi juicio, como tal excepción, debe estar autorizada expresamente por la Constitución misma, sin que, además, cumplida esa condición, pueda legitimarse, desde el punto de vista concreto,

solo por motivos de mera oportunidad política, si no va acompañada además de una correcta adecuación entre medios y fines que evite su arbitrariedad. Por ello, esa razón de «justa correspondencia», añadida a la exigible autorización constitucional, no puede desecharse con la ligereza con que algún autor español lo ha hecho.

Es cierto que en España el delito de sedición ya fue derogado y que también el delito de malversación de caudales públicos ha sido rebajado legislativamente (derogación y modificación que pudieran ser incluso criticables por infracción del principio de prohibición de defecto de incriminación), pero esa exoneración por la aplicación necesariamente retroactiva de la ley penal más favorable no cabe trasladarla a la ley de amnistía, dado que los delitos (y otras infracciones) por los que ahora, con la amnistía, se declara inmunes a determinadas personas no solo continúan vigentes, sino que sobrepasan el ámbito material afectado por aquella legislación derogadora o modificadora.

No ha existido, pues, para esta concreta amnistía, «una razón de justicia» (como en las amnistías alemanas o en la nuestra de 1977) basada en un derecho anterior que ahora se estima injusto o inapropiado y que, por ello, se exime de su cumplimiento, sino una auténtica suspensión, para personas determinadas, de las reglas propias del Estado de derecho (entre ellas el igual sometimiento de los ciudadanos a la ley), aparte de que, en todo caso (aunque se acepte, a mi juicio incorrectamente, que tal suspensión no se da), tampoco cabría apreciar en esta amnistía concreta una «justa ponderación» entre medios y fines que permitiera convalidar la «inmunidad» o «impunidad» que esta amnistía declara, que es de lo que se tratará más adelante al analizar los fines que la ley de amnistía pretende.

En definitiva, los dos ejemplos de constituciones más próximas a la nuestra, porque son las que más influyeron en su redacción, las de Alemania e Italia, no sirven, precisamente, de argumento a favor de la constitucionalidad en España de la ley de amnistía.

Tampoco parece correcto citar, aunque sí lo ha hecho algún autor, como argumento de autoridad para apoyar la constitucionalidad de la actual ley de amnistía española, la opinión del relevante constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, ya que la reflexión de ese autor, en su valoración positiva de la institución de la amnistía, se apoya, implícita y a veces explícitamente, en el hecho de que en Italia está constitucionalmente autorizada.

Por último, uno de los argumentos esgrimidos por los defensores de la constitucionalidad en España de la amnistía en abstracto es la apelación a nuestro constitucionalismo histórico, y en especial a la Constitución de 1876, dado que esta no previó expresamente la amnistía, pero, no obstante, bajo su vigencia se aprobaron un buen número de ellas. El argumento carece, jurídicamente, de peso, en primer lugar, porque aquella Constitución (como todas las

anteriores del siglo XIX, con la única excepción, relativa, de la de 1869) ni fue democrática ni, por lo que aquí importa, normativa (carecía de la condición de supralegalidad y no era, por ello, límite jurídico al poder del legislador), de manera que no cabe su comparación con la vigente de 1978. Y, en segundo lugar, porque otras constituciones españolas del siglo XIX (la de 1845 y la de 1869) sí previeron la amnistía de forma expresa, y la única Constitución auténticamente normativa del siglo XX anterior a la de 1978, la de 1931, así también lo hizo. La historia de nuestro constitucionalismo lo que viene a probar, en consecuencia, es que, de las constituciones liberales del siglo XIX, unas previeron la amnistía y otras no; que la única Constitución democrática de ese siglo, la de 1869, sí la previó; y que también lo hizo la única Constitución democrática del siglo XX anterior a la vigente de 1978, la de 1931. De manera que, de ese recorrido histórico, cabe deducir que en el constitucionalismo español estaba claro que, en los casos de nuestras constituciones democrático-normativas, la amnistía solo era posible porque constitucionalmente estaba prevista.

VI. LA FINALIDAD PROCLAMADA POR LA LEY DE AMNISTÍA Y, EN RELACIÓN CON ELLA, SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD POR INCURRIR EN ARBITRARIEDAD

Al margen de que se entienda o no que la Constitución permite la institución de la amnistía, lo cierto es que la inmensa mayoría de las posiciones en liza se decantan por estimar que la ley de amnistía es inconstitucional por incurrir en arbitrariedad. Para unos, esa arbitrariedad se suma a los demás motivos de inconstitucionalidad derivados de que la Constitución no permite la amnistía; para otros, que defienden que la Constitución sí la permite, ese vicio de arbitrariedad es la única causa de la inconstitucionalidad de la ley.

Es cierto que algún autor añade a la arbitrariedad un vicio de procedimiento, sosteniendo que, dada la naturaleza excepcional de la amnistía, esta requiere de unas mayorías superiores a las que precisa una ley orgánica (procedimiento que la ley de amnistía ha seguido). El problema de esta tesis radica en sus dificultades dogmáticas, puesto que en el ordenamiento español los acuerdos «de las Cámaras, 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» (art. 79.2 CE). La Constitución, respecto de las leyes, solo establece como mayoría especial la absoluta del Congreso para las leyes orgánicas y, únicamente para unas leyes específicas, las de armonización (art. 150.3 CE), la mayoría absoluta del Congreso y del Senado.

La apelación del art. 79.2 a que las leyes orgánicas podrían prever mayorías especiales tropieza, en este caso, con el significado restrictivo de la

reserva material de ley orgánica, que impide que pueda dictarse una ley orgánica en materia no prevista por la Constitución, esto es, con el único cometido de imponer que una ley de amnistía tenga que obtener, para su validez, una mayoría superior a las demás leyes orgánicas. La exigencia de un especial consenso puede ser aceptable como recomendación política (en ese sentido va, precisamente, el dictamen de la Comisión de Venecia), pero no como exigencia jurídica capaz de influir en la validez de una ley de amnistía.

Es plausible sostener la conveniencia de que el Estado pueda tener a su disposición un instrumento como la amnistía para solucionar situaciones extremas de gravísimos enfrentamientos políticos o sociales (por ello la mayoría de las constituciones las prevén), pero eso en el ordenamiento español tiene remedio: basta con reformar la Constitución para incluir la amnistía. Lo que incluso podría hacerse por el procedimiento del art. 167 CE, donde, además, se cumpliría la exigencia de ese amplio consenso (mayoría de tres quintos en cada Cámara) que ahora, en esta amnistía, se echa en falta. De manera que, si se diese hipotéticamente aquella situación extrema de veraz, constable y grave enfrentamiento político o social, y hubiese tal consenso entre los principales partidos acerca de que la amnistía podría servir como remedio, no debería haber problemas para realizar esa reforma constitucional (que, además, puede ser de rápida tramitación), en la que incluso sería recomendable fijar unas mayorías parlamentarias especialmente cualificadas para las amnistías y un elenco de delitos excluidos de estas. Aprobada la reforma, podría dictarse después, ya con amparo constitucional, la correspondiente ley de amnistía.

Esas, creo, son las reglas de juego, pues ningún constitucionalista celoso de su oficio puede admitir que un fin, aunque sea hipotéticamente lícito (al servicio de los intereses generales, no, claro está, de un interés particular), pueda alcanzarse por medios ilícitos. Sin el respeto por las formas, no puede existir el derecho, ya que este no cumpliría su necesaria función de otorgar seguridad jurídica. Como dijo muy bien Ihering, «en el Derecho, la forma es hermana gemela de la libertad y enemiga jurada de la arbitrariedad».

En nuestro caso, el de la ley de amnistía, la arbitrariedad de la misma resulta, sin duda, fundada. No hace falta extenderse mucho sobre esto, pues que la amnistía ha sido la contraprestación a determinados votos necesarios para la investidura del presidente del Gobierno es un hecho notorio, como lo es también que los beneficiarios de la ley de amnistía y, asombrosamente, correductores de ella, incluso desde el extranjero, además de «aprobadores» de la misma, como así ha sido¹³, han manifestado reiteradamente que, pese a la

¹³ Ambas actuaciones permitirían incluso atribuir a esta amnistía el carácter, completamente reprochable, de «autoamnistía».

amnistía, no cesarán en sus propósitos de ahondar en la discordia y el enfrentamiento entre los ciudadanos de Cataluña y entre los del resto de España, así como en continuar con su manifiesto desprecio a la Constitución y las instituciones del Estado.

De todos modos, aunque, pese a la notoriedad de que la amnistía ha sido exclusivamente un medio para lograr los votos parlamentarios que se necesitaban para gobernar, cupiera admitir que también pudiera ser un medio para lograr la «normalización política» en Cataluña, ello no salvaría la inconstitucionalidad de la misma, ya que en el Estado constitucional y democrático de derecho, y no me importa repetirlo, el fin no justifica los medios, de tal manera que una supuesta finalidad legítima solo es admisible si tal finalidad se corresponde con la realidad y si, además, se utilizan medios lícitos para alcanzarla; sin duda, ni lo uno ni lo otro han sucedido en este caso, y de ahí su patente arbitrariedad¹⁴.

Más aún, si con la ley de amnistía se pretendía además (y así lo han proclamado sus impulsores) la «normalización institucional y la concordia entre los españoles», el hecho de la mayoritaria oposición a la misma por los ciudadanos españoles, de su rechazo por el Senado (que, con el Congreso, «representa al pueblo español») y de su aprobación por el Congreso, en un debate bronco y de extremado enfrentamiento político entre dos bloques antagónicos (y similares en número de escaños), y en una votación que ha dividido a la Cámara prácticamente por la mitad, invalida, sin duda, esa pretensión. Por si faltaba poco, en la misma Cámara, inmediatamente después de aprobada la ley de amnistía, los beneficiarios y coautores de la misma han vuelto a manifestar que con ella «se pone fin al régimen de 1978», «se ha vencido al Estado opresor» y se ha dado el primer paso en el camino hacia la independencia de Cataluña, marcando una senda que los refuerza en su objetivo «irrenunciable» de celebrar un referéndum de autodeterminación.

En definitiva, aquella supuesta finalidad «normalizadora» y de «concordia» entre los catalanes y entre el resto de los españoles que, según sus promotores, iba a cumplir la amnistía se ha demostrado irreal, sin que los resultados de las recientes elecciones catalanas y europeas lo desmientan.

Es cierto que en las elecciones catalanas los partidos independentistas han sufrido un retroceso electoral, pero también lo es que cabe constatar que el partido más radical en sus pretensiones secesionistas, Junts, ha aumentado su influencia, potenciada precisamente por haber tenido un claro protago-

¹⁴ Una de las críticas jurídicas más rigurosamente expresadas para sostener que la ley de amnistía, por su ausencia de «razonabilidad» y su consiguiente arbitrariedad, resulta inconstitucional; véase Paz-Ares (2024).

nismo en la elaboración de la amnistía y ser el mayor beneficiario de la misma. La constitución de la Mesa del Parlamento catalán no ha reflejado la supuestamente pretendida «normalización», dadas su composición, dominada por el independentismo, y sus primeras decisiones adoptadas en rebeldía a la doctrina del Tribunal Constitucional. Tampoco cabría decir en propiedad que el «constitucionalismo» haya resultado, sin duda alguna, vencedor en esas elecciones, habida cuenta de que el partido que obtuvo el mayor número de votos, el PSC, está teniendo¹⁵ serias dificultades para gobernar en Cataluña, en vista de las exigencias claramente inconstitucionales que, para darle apoyo, han formulado los partidos independentistas.

Por lo que se refiere al resultado de las elecciones europeas, cuyo alto nivel de abstención no contradice, por sí solo, el mayoritario rechazo social que en el conjunto de España la amnistía ha suscitado, según encuestas fiables, lo que pone de manifiesto es que, respecto del derecho de voto ejercitado, este refleja, al menos, un enfrentamiento, casi por la mitad, entre los ciudadanos españoles partidarios y detractores de la amnistía, ya que los partidos contrarios a la misma han obtenido el 49,10 % de los votos emitidos por el cuerpo electoral. La amnistía, pues, no ha venido a «concordar», sino a «enfrentar».

Hacer, como proclamó el presidente del Gobierno, de la «necesidad», notoria, de la amnistía (obtener unos votos en el Congreso para mantenerse en el poder) «virtud» (lograr las ilusorias «normalización» y «concordia») no parece que se haya correspondido con la realidad, como cabía presumir dadas las reiteradas declaraciones de los amnistiables contrarias a esa «concordia» y «normalización». De todos modos, aunque *ex post facto* eso (la «normalización y concordia») hubiera sucedido (lo que no parece haber ocurrido), ello tampoco serviría para convalidar la constitucionalidad de la amnistía, remediando su patente contradicción con nuestra norma fundamental y su condición arbitraria, arbitrariedad que, por su innegable entidad, la haría jurisdiccionalmente controlable aplicando no solo el test de «razonabilidad», sino el de «proporcionalidad».

El Tribunal Constitucional ha sido muy cauteloso para apreciar la posibilidad de que una ley pueda ser arbitraria, pero, como es bien sabido, no lo ha desechado por completo para supuestos flagrantes. Y este es, a mi juicio, uno de ellos.

La finalidad notoria de la amnistía (contraprestación a los apoyos necesarios para la investidura) y no su ilusoria pretensión «normalizadora» es, me parece, lo que también explica el procedimiento sumamente deteriorado que se ha seguido en la preparación de la propuesta de ley de amnistía

¹⁵ En el momento en que se redacta el presente trabajo, 20 de junio de 2024.

(mediante una proposición de ley que incluso cabría calificar de fraudulenta por ser claramente una iniciativa del Gobierno, que usa a su grupo parlamentario para eludir la prohibición de que un Gobierno en funciones pueda presentar proyectos de ley, con los necesarios informes y dictámenes que eso requiere), así como las irregularidades sufridas en la tramitación parlamentaria de esa proposición de ley, al menos en la fase del Congreso (utilización irrazonable de la urgencia, presentación de enmiendas negociadas fuera de la Cámara con los principales beneficiarios de la propia amnistía, devolución de un texto a la Comisión después de haber sido rechazado por el Pleno, etc.). Cuando el derecho se tuerce, el derecho acaba vengándose, que es lo que, muy probablemente, sucederá con esta ley.

VII. CONCLUSIONES: EL MAYOR PESO DE LAS RAZONES QUE SOSTIENEN LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE AMNISTÍA

Limitado este trabajo al examen del debate doctrinal sobre la constitucionalidad de la actual amnistía, y de manera previa a formular las conclusiones que, acerca de ese debate, me parecen pertinentes, debo aclarar algo que he venido sosteniendo más atrás y que, de modo conclusivo, me parece conveniente reiterar: que el presupuesto normativo que voy a tener en cuenta es, exclusivamente, el de nuestra Constitución vigente, por lo que no entraré en el problema de si, además, esta amnistía es conforme o no al derecho de la Unión Europea (cuestión importante, pero que dejo al análisis de los especialistas en ese derecho). La delimitación de ese presupuesto normativo significa, además, que, para el análisis correcto del debate constitucional sobre la presente amnistía, no atribuyo eficacia jurídica plena, sino solo muy relativa, a situaciones normativas de nuestro pasado anterior al de la vigente Constitución o a los datos (heterogéneos) que se derivan del derecho comparado.

El precedente de la Ley de Amnistía de 1977 no creo que valga como argumento, *per se*, a utilizar en el debate actual sobre la constitucionalidad o no de la ley de amnistía, dado que entonces no teníamos Constitución. Tampoco vale el argumento basado en que, durante la vigencia de alguna de nuestras constituciones históricas (así la de 1876), se dictaron amnistías pese a que la constitución no las había previsto, ya que se trataba de constituciones no normativas; las constituciones de 1869 y 1931, que sí fueron constituciones normativas (más la segunda que la primera), se cuidaron, por ello, de autorizarlas en su texto.

El problema a dilucidar, entonces, es el de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley de amnistía aprobada después de la entrada en vigor

de nuestra actual Constitución y relativa a leyes dictadas al amparo de la misma. Nuestro ordenamiento constitucional interno es, pues, el presupuesto normativo válido y suficiente para enjuiciar la polémica y, en consecuencia, sobre el que descansan las conclusiones que siguen:

- a) No cabe hablar propiamente de amnistía, sino de ejercicio regular de la potestad del legislador para modificar el ordenamiento jurídico, cuando la impunidad de determinadas conductas sea consecuencia de, o esté asociada a, la derogación de un derecho anterior que se considera injusto o improcedente u obsoleto, con los consiguientes efectos retroactivos favorables.
- b) Tampoco cabe hablar propiamente de amnistía, sino de indulto particular (el general está constitucionalmente prohibido), cuando, sin mediar aquella modificación normativa, no se trata de declarar la completa impunidad de conductas delictivas, sino solo de remediar (aplicando la institución de la «gracia») condenas impuestas por sentencia firme. Aunque, como excepción al debido cumplimiento de las sentencias de los tribunales, ordenado por la Constitución, el indulto particular solo resulta aceptable porque la misma Constitución lo ha previsto.
- c) Sí cabe hablar propiamente de amnistía cuando, en situaciones extraordinarias de un cambio radical de régimen político, como sucedió en España con la Ley de Amnistía de 1977, se estima que el derecho anterior, no democrático, fue injusto o inapropiado y, en consecuencia, se declaran inmunes las conductas perseguidas por ese derecho anterior, declaración que se adopta incluso antes de que el nuevo derecho, encabezado por la Constitución democrática, haya surgido, esto es, antes de que se produzca, por obra del nuevo derecho, la derogación del derecho anterior. Aquí existe una indudable razón de justicia legitimadora de la amnistía.
- d) También cabe hablar de amnistía cuando, en situaciones ordinarias de «normalidad», esto es, ya vigente la Constitución, y sin mediar, pues, una modificación legislativa, por considerarse que el derecho que se aplicó sí era justo y procedente (y continúa siéndolo), no obstante, se adopta una amnistía por razones de oportunidad política (de preservación de los intereses generales, no, claro está, de intereses particulares), al entenderse que el otorgamiento de plena inmunidad a determinadas conductas contrarias a ese derecho puede servir para poner fin a procesos de grave enfrentamiento social, civil o político. En estos casos, la amnistía, basada en la oportunidad política y no en

una razón de justicia, en cuanto que supone una excepción al principio constitucional del Estado de derecho (que se despliega, principalmente, a través de la sumisión del poder público a la Constitución, de la igual aplicación de la ley y de la separación entre jurisdicción y legislación), solo es posible si está constitucionalmente autorizada y, en todo caso, si, además, la correspondencia entre ese medio, la amnistía, y los fines que la justifican no es arbitraria. El hecho de que en algunos Estados constitucionales se hayan dictado amnistías sin que estén constitucionalmente autorizadas no invalida la pertinencia, mejor, necesidad, de dicha reserva constitucional, avalada por la teoría general y, en España, por la dogmática de nuestra Constitución concreta.

En coherencia con tales conclusiones, visto el examen que se ha venido realizando en el presente trabajo acerca de los argumentos jurídicos utilizados en el debate constitucional producido sobre la amnistía, mi opinión es que parecen más sólidos los argumentos que defienden la inconstitucionalidad de la ley de amnistía que los aducidos a favor de su constitucionalidad.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2024). La amnistía en el sistema español: cuestión de interpretación y control constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131, 49-88. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.131.02>.
- Aragón Reyes, M., Gimbernat Ordeig, E. y Ruiz Robledo, A. (2024). *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*. La Coruña: Colex.
- Betancor, A. (2024). *La amnistía: el caballo el Troya de la democracia*. Bilbao: Deusto.
- García Roca, J. (2024). La amnistía en la Constitución: los constitucionalistas divididos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131, 13-47. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.131.01>.
- Guerrero Vázquez, P. (2024). La amnistía del *procés* y su controvertido encaje en la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131, 121-145. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.131.04>.
- Paz-Ares, C. (2024). *Las falacias de la amnistía*. Granada: Comares.
- Ruiz-Robledo, A. (2024). La amnistía en la España constitucional. *Revista General de Derecho Constitucional*, 40, 1-29.
- Tajadura Tejada, J. (2024). Constitución y amnistía. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131, 89-119. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.131.0>.