

**LA INCONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY ORGÁNICA 1/2024
DE AMNISTÍA**

LUCRECIO REBOLLO DELGADO

SUMARIO

1. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS. 2. CONCEPTO DE AMNISTÍA. 3. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. 3.1. Lo sucinto como valor intrínseco en lo jurídico. 3.2. Derecho comparado y antecedentes normativos. 3.3. El supuesto aval del Tribunal Constitucional. 3.4. Normativa europea. 3.5. Justificación de la norma. 3.6. Leyes singulares, igualdad y test de proporcionalidad. 3.7. Constitucionalidad de la ley. 4. CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD. 4.1. Quiebra del Estado de Derecho. 4.2. Rompe el principio de igualdad. 4.3. Vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. 4.4. Fractura el principio de seguridad jurídica. 4.5. Conculca el principio de separación de poderes 5. CUESTIONES DE TRÁMITE.

Fecha recepción: 15.01.2024
Fecha aceptación: 28.04.2024

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 1/2024 DE AMNISTÍA

LUCRECIO REBOLLO DELGADO¹

1. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

La Ley Orgánica 1/2024 de Amnistía (en adelante Ley de Amnistía) tiene un claro componente político, que la intitula de «normalización institucional, política y social en Cataluña», y que obedece a una pretensión de los partidos políticos nacionalistas e independentistas catalanes, pero no entraremos en valoraciones políticas, hacemos referencia única y exclusivamente al análisis de la norma desde una perspectiva jurídica, constitucional y legal. Pese a ello, nos permitiremos una única excepción, consistente en constatar que aquellos que son los autores intelectuales de la ley, los supuestos beneficiarios de la amnistía la descalifiquen de forma constante, afirmando que es necesario volver a la «confrontación» y hay que «retornar a la unilateralidad»², lo cual pone en duda la pretensión misma de la ley, es decir, la vacía de contenido. Esta realidad es kafkiana. El autor intelectual de la norma, sujeto beneficiario de la misma, no está conforme con la pretensión ni con el futuro resultado de la propia Ley.

Otra cuestión previa es que en la actualidad todo el que pretende justificar la Ley de Amnistía se autodenomina jurista, es decir, según definición del DRAE «Persona que ejerce una profesión jurídica», pero en realidad son opinadores de cuestiones jurídicas, y a la vista de algunos firmantes de manifiestos en favor de esta, se incluyen activistas políticos, y un conjunto muy variado de licenciados o graduados en Derecho, la mayoría de fuera de nuestro país, muy alejados del conocimiento jurídico. Las genéricas afirmaciones de constitucionalidad de la ley que han puesto de manifiesto no tienen más virtualidad que un mero posicionamiento político, no responden a ningún análisis jurídico que pueda merecer tal denominación. Pero la opinión

¹ Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho UNED. Obispo Trejo, 2. 28040 Madrid. Email: lrebollo@der.uned.es. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8814-6343>

² El Mundo de 3 de marzo de 2024. <https://www.elmundo.es/cataluna/2024/03/02/65e30848e85ecef13f8b4591.html?intcmp=masnoticiasportada>. Consultado 10 de marzo de 2024

política no es descalificable por principio, es una manifestación lógica del pluralismo, un elemento consustancial de la democracia, pero no debe, ni puede, pasar por análisis jurídico. Si reducimos el concepto de político a la capacidad de optar ante los problemas sociales, son válidas todas las posturas, pero, por el contrario, en el análisis jurídico se requiere un conocimiento técnico, el manejo de un entramado complejo que denominamos ordenamiento jurídico. Yo puedo opinar en relación a si es mejor la sanidad pública o privada, pero me abstendré de formular juicio al respecto de la actuación de un neurocirujano en el quirófano. Hay ciencias que tienen una mayor y mejor consideración que otras, y no existe la menor duda, que la jurídica está en horas bajas.

Pero esto hemos de entenderlo en un contexto en gran medida adulterado, puesto que el concepto de jurista ha perdido los atributos de neutralidad y conocimiento honesto, para ponerse al servicio de los fines políticos, lo que añadido a las clasificaciones que realizan los medios de comunicación, o incluso los mismos políticos, lo convierte todo en un contexto confuso, donde se producen etiquetados fáciles, descalificaciones absolutas en 140 caracteres, donde todo es útil a la causa de enfangar y no clarificar. Se cumple el principio de que lo político empaña todo lo que toca. Pero quizás sea conveniente recordar que el estudio del Derecho es una ciencia, y merece igual respeto a las otras. Aun siendo conscientes de la afirmación de García de Enterría, que «una línea del legislador termina con bibliotecas enteras de estudios jurídicos», pudiendo sustituir hoy la línea del legislador también por el comentario de un político, no podemos resignarnos a estas circunstancias. Hay todavía juristas sin carné de partido, sin filiación política, sin aspiraciones a cargo, y a los que un merecido sueldo del Estado nos obliga, a la vez que nos lo posibilita, a la neutralidad ideológica, a reducir nuestro estudio exclusivamente al ámbito académico, a lo estrictamente jurídico, sin filias, sin fobias, circunscribiéndonos a lo puramente técnico.

Por último, y si bien es cierto que toda Constitución tiene dos componentes esenciales, uno político y otro jurídico, donde el primero establece las pretensiones y el segundo las garantiza, no es menos cierto que debe existir una clara separación. No podemos estar mezclándolos de forma constante, y debemos ser conscientes de que ambos se condicionan mutuamente. En muchas ocasiones lo político determina lo jurídico, y en otras lo jurídico limita lo político, son las reglas de la democracia, pero ello no debe llevarnos a la confusión o a la indistinción. Bien es cierto que a ello no ayuda mucho el desempeño de cargos en el Gobierno por parte de jueces, ni altos cargos del Gobierno o la Administración siendo nombrados Magistrados del Tribunal Constitucional, circunstancias ambas que deberían ser incompatibles por ley. El ámbito político por principio es más posibilista, y el jurídico mucho más limitado. Además, tampoco son válidos los trasvases o endosos, de tal forma que los problemas políticos tienen mala solución jurídica, y los problemas jurídicos rara vez son solventados con actuaciones políticas. Es esta una circunstancia que constata a diario cualquier Tribunal Constitucional. Los problemas jurídicos se solventan en el ámbito de lo jurídico, en los tribunales, y mediante la aplicación e interpretación

de normas, y los políticos en el Parlamento o en la negociación política mediante el consenso o el acuerdo. A la inversa, no se obtienen verdaderas soluciones, lo normal es generar desencanto y desafección, cuando no desobediencia o desacato.

2. CONCEPTO DE AMNISTÍA

El origen etimológico de la palabra amnistía es del griego *amnesia* traducido por olvido o perdón. Hoy entendemos por amnistía el perdón de un delito con extinción de la responsabilidad para sus autores, y conviene diferenciarla de una figura jurídica próxima, como es el indulto, que es gracia por la que se perdona una pena. De esta forma el indulto no extingue la responsabilidad penal, el sujeto sigue siendo culpable, pero se elimina el cumplimiento de la pena derivada del delito. Por el contrario, la amnistía lo que hace es extinguir el delito, pero hacia atrás en el tiempo, es decir, con efecto retroactivo. Se fundamenta ello en un cambio de valoración, en el surgimiento de una nueva interpretación social o moral de los hechos ya acontecidos y juzgados, donde se entiende que no deben generar responsabilidad jurídica, normalmente penal, o en todo caso que no deben ser sancionados por el ordenamiento jurídico. Por ello las amnistías suelen darse en periodos de cambios sociales transcendentales, después de periodos de guerra, como elemento pacificador social en el tránsito de un régimen autocrático a otro democrático, o de forma genérica como un gesto pacificador o una pretensión de buen entendimiento futuro en procesos de grave convulsión social, y suele tener una adscripción a delitos de carácter político, y que suele afectar a una pluralidad de sujetos. Estas delimitaciones son netamente políticas, y hay que entenderlas siempre en ese contexto.

Como indica Linde, «a nuestro entender una de las instituciones más significativas para explicar y comprender el específico equilibrio de los poderes en la formación y creación del Estado de Derecho es el instituto de la clemencia; con este término suele denominarse comprensivamente al indulto particular, al indulto general y a la amnistía»³. El autor citado realiza un preciso resumen de los antecedentes de esta institución jurídica, afirmando que «los antecedentes remotos de la clemencia se encuentran en los Libros Sagrados de la India, según los cuales el Rey podía modificar las sentencias de los tribunales. En la legislación hebrea se facultaba al Rey para anular sentencias. En Egipto se podían conmutar las penas por deportaciones a comarcas desiertas. Con mayor claridad está regulada la amnistía en la *Ley del Olvido*, que Trasíbulo hizo votar a los atenienses una vez expulsados los treinta tiranos; así mismo, el pueblo reunido en Asamblea ejercía el derecho de gracia en favor de los acusados y de aquellos a quienes se había impuesto condena.

Es discutible que la amnistía fuera conocida por el Derecho Romano antiguo, aunque la opinión más generalizada lo afirma. Con Augusto, la *indulgentia principis*

³ Linde Paniagua, E. (1976): *Amnistía e indulto en España*. Tucur Ediciones. Madrid, pág. 13.

y la *Abolitio Pública* son formas patentes de amnistía. Por lo que se refiere al indulto, existió en Roma en la época de la Monarquía; más adelante, durante la República se concedió en forma de Ley votada por el pueblo en los comicios y con el concurso del Senado. Al establecerse el Imperio, la ejercieron los Emperadores en forma de perdón individual o como gracia colectiva»⁴.

En la historia del Derecho español hay que remontarse al Fuero Juzgo para encontrar la institución. Las Partidas de Alfonso X el Sabio contemplan la institución de la clemencia, que era concedida por el Rey, nobles y señores. En el S. xv y xvi se sustituye el término por el más genérico de perdón, y así se recoge en las Ordenanzas de Castilla de 1484 y en la Nueva Recopilación promulgada por Felipe II en 1567, reproducidas las tres en la Novísima Recopilación de Carlos IV en 1805. Ya en el S. xix, el Código Penal de 1822, en su art. 144 recoge un mecanismo de conmutaciones de penas, si bien la Real Orden de 16 de junio de 1830 prohíbe que se concedieran a los penados mayor rebaja que la tercera parte de la condena «por muchos que sean los motivos que les hagan acreedores de una gracia». El Código Penal de 1870 regula la clemencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 regula ya la amnistía.

Por lo que hace referencias a las constituciones históricas españolas, el Estatuto de Bayona de 1808, en el art. 112 atribuye al Rey «el derecho a perdonar» que lo ejercerá oyendo al Ministro de Justicia. La Constitución de 1812 introduce el requisito de la necesidad de reconocimiento legal para el indulto (art. 174) y así pasará al texto constitucional de 1869, el cual añade que deberá ser una ley especial la que autorice al Rey a otorgar la amnistía y los indultos. La Constitución de 1931 atribuye la facultad de conceder indultos y amnistías al Parlamento (art. 102).

Tanto la amnistía como el indulto son excepciones a la vigencia del Derecho, únicamente que en distinto grado. La primera es una excepción con carácter retroactivo del cumplimiento del Derecho, lo que supone que el Derecho no tiene vigencia, es decir, que se establecen sujetos inmunes a él. De igual forma, se les atribuye su elaboración a órganos distintos, los indultos los concede el poder ejecutivo, quedando la amnistía reservada al poder legislativo. Se desprende ello del mayor grado de relevancia, y también de una justificación distinta. En el supuesto del indulto hay una fundamentación en lo desproporcionado de la pena debido a las circunstancias del caso, valoración que se hace desde una perspectiva social o política, puesto que desde la óptica jurídica no existe reproche alguno. Por su parte la amnistía, como hemos apuntado, obedece a acontecimientos políticos o cambios sociales, sobre los que se quiere realizar una reorientación conceptual que debe proyectarse a futuro.

Ajustándonos a esta pretensión, lo primero que cabe dilucidar es si la norma que analizamos se ajusta al concepto jurídico de amnistía, debido a que los delitos por los que se produce la misma, siguen vigentes en el Código Penal. Para que lo fuera en puridad, debería de haberse producido un cambio en el ordenamiento jurídico, que a su vez obedeciese a un cambio social o político. Este tipo de normas tienen su razón

⁴ Ibidem, páginas 27 y 28.

de ser, como hemos apuntado, cuando se produce una transformación de tal calado que se quieren plantear nuevas situaciones políticas o sociales, o se cambia de fundamento moral. Sería así lógica su existencia en un cambio de un régimen autocrático a otro democrático, incluso también a la inversa, en un grave conflicto social, o en situaciones similares. Pero no acertamos a asemejar esta circunstancia a los hechos que referencia la ley como susceptibles de amnistía.

Para la ONU, en su informe de 2009⁵ es amnistía:

«a) La posibilidad de impedir el enjuiciamiento penal y, en algunos casos, las acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas con respecto a una conducta criminal específica cometida antes de la aprobación de la amnistía; o

b) La anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica anteriormente determinada».

También se ocupa el informe que venimos citando de diferenciar amnistía de indulto, manifestando que «La amnistía tal como se ha definido es distinta de un indulto, que se utiliza en el presente instrumento para indicar un acto oficial que exime a un delincuente o delincuentes condenados de la aplicación de la pena en todo o en parte, sin borrar la condena en que se basa. En la práctica los Estados han utilizado muy diversas expresiones -incluidos el indulto y la clemencia- para indicar leyes que corresponden a la definición de amnistía utilizada en el presente instrumento». Por último, advierte el Informe que tanto los indultos como la amnistía, pueden violentar el Derecho internacional.

En la regulación europea no existe normativa específica alguna sobre la amnistía, habiendo sido hasta la fecha una materia propia de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y con mejor o peor acierto, materia constitucional. La única norma que podría en algún modo haber introducido el concepto, siendo específica en algún grado, es la Ley 23/2014⁶, pero esta norma incluye entre las causas de extinción de la responsabilidad penal al indulto, pero no a la amnistía.

Sí podemos encontrar algunos, escasos, pronunciamientos jurisprudenciales, en los que la amnistía es cuestión tangencial. Existe un primer pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2014⁷. El fondo de la sentencia versa las violaciones graves de los derechos humanos, y que a juicio del Tribunal deben ser un límite a la amnistía, que a su vez aprecia como válida desde una perspectiva política. Un pronunciamiento más reciente, en este caso del Tribunal de Justicia de Unión Europea de 2021⁸, más aproximativo, singularmente porque delimita el concepto de amnistía, al manifestar que «tiene por finalidad despojar de un carácter delictivo

⁵ https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf. Consultado el 3 de marzo de 2024.

⁶ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

⁷ Gran Sala, de 27 de mayo de 2014, caso Margus contra Croacia.

⁸ Sentencia de 29 de abril de 2021, asunto C-665/20 PPU

a los hechos a los que se aplica, de tal modo que el delito ya no puede dar lugar al ejercicio de acciones penales, y en caso de que ya se haya impuesto una condena, que se ponga fin a su ejecución, implica por tanto, en principio, que la sanción impuesta ya no puede ejecutarse».

En España tenemos un claro antecedente normativo, clarificador de lo que debe entenderse por una ley de amnistía, y que delimita a la perfección su necesario contexto, fue la Ley de Amnistía de 1977⁹. Esta norma, curiosamente, carece de Exposición de motivos, y es propiamente una ley de amnistía. Establece el olvido y perdón de todos los delitos «cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España» (art. 1. I. b)). Quiere hacer *tabula rasa* de las determinaciones judiciales de un régimen autocrático, para iniciar una nueva andadura democrática, y para ello hace falta instaurar unas nuevas valoraciones, unos nuevos juicios morales que pongan fin a la materialización de un régimen dictatorial. Era entonces una pretensión social mayoritaria, un clamor popular, suponía olvidar la guerra civil y embarcarse todos en un ilusionante proyecto democrático, que requería olvidar el pasado y mirar hacia el futuro. Era un cambio social y político radical, sustantivo, los delitos amnistiados pretendían un objetivo lícito. No parecen las mismas circunstancias, ni las mismas necesidades aquellas y las actuales. Más bien al contrario, parece que las actuales justificaciones tienen poco de lícitas, y poco de morales. No hay pues ningún paralelismo entre la Ley de 1977 y la actual, ni por el contexto político y social, ni desde la perspectiva técnico-jurídica. Aquella norma materializó la reconciliación nacional, que fuera el motor de nuestra Transición a la democracia, fue como manifiesta Alfonso Guerra el «acta de paz»¹⁰. La amnistía, por su excepcionalidad, por lo que implica, debe ser una medida con un grado de acuerdo muy alto, lo que en el ámbito legislativo se traduce en mayorías reforzadas, más allá de la mayoría absoluta. La citada ley de 1977 fue aprobada con 296 votos a favor, dos en contra, 18 abstenciones y un voto nulo. El resultado de la votación de la actual, no se aleja de un empate técnico en número de votos favorables y en contra¹¹. Puesto que la ley no reúne los requisitos esenciales para incluirse en esta tipología de normas, bien pudiera denominarse «ley de inmunidad» o ley de «privilegio de inmunidad», como afirma Silva Sánchez¹².

Por lo que respecta al reconocimiento constitucional de la amnistía, en los debates parlamentarios de la constituyente, la ponencia constitucional rechazó incluir el

⁹ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. BOE núm. 248, de 17 de octubre de 1977.

¹⁰ Guerra, A. (2019): La España en la que creo. En defensa de la Constitución. Esfera de los Libros. Madrid, pág. 89.

¹¹ En su votación en el Pleno del Congreso de los Diputados del día 14 de marzo de 2024 el resultado fue de 178 votos a favor y 172 en contra. En la votación del Senado celebrada el 14 de mayo de 2024, el resultado fue de 149 votos en contra y 113 a favor.

¹² Silva Sánchez, J. M^a. (2024), «Sinrazones de la Amnistía, en la obra de VV. AA: La Amnistía en España. Colex, pág. 205.

concepto de amnistía en el anteproyecto constitucional. Pese a ello, se debatió esta cuestión, y se optó por desautorizar de forma genérica los indultos generales (art. 62.i)). De forma más concreta también se rechazó la inclusión del concepto amnistía, que se pretendió introducir a través de la enmienda número 504 formulada por el Grupo Mixto, al entonces art. 58 (hoy artículo 66) que adicionaba el concepto amnistía a las competencias que reconoce hoy el art. 66.2 a las Cortes Generales, y la número 744, en este caso formulada por un diputado de la UCD, que proponía una redacción que incluyese el siguiente texto: «las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento». La no inclusión del concepto en la Constitución de 1978 seguía dejando como las dos únicas constituciones que sí lo incorporaron a la de 1869 y a la de 1931.

Habiendo sido rechazado su reconocimiento de forma expresa en la Constitución, parece ilógico querer deducirla ahora, y aún peor, otorgar esta capacidad al legislador ordinario, y hacerlo ello sin utilizar el proceso de reforma constitucional, que en última instancia sería el cauce válido. Como manifiesta Aragón, dos son los argumentos esgrimidos para entender la ley como constitucional, uno primero, que todo aquello que la Constitución no prohíbe expresamente está permitido, que se concatena con otra argumentación en virtud de la cual las Cortes Generales tienen plena libertad para decidirlo todo, menos lo expresamente prohibido por la Constitución, para finalizar manifestando que «A mi juicio, ambas afirmaciones, encadenadas, son jurídicamente erróneas»¹³. Cabe deducir *a priori*, que nuestra Constitución no reconoce la amnistía, y que por tanto el legislador no puede suplir esta carencia. La única forma de solventarla es acudiendo al mecanismo de reforma constitucional. Abundaremos sobre esta cuestión más adelante.

La amnistía no encaja en su concepción de razonabilidad, ni política, ni jurídica en un acuerdo político coyuntural, esencialmente de necesidad. Requiere una amplia demanda social, un claro convencimiento de su justificación. Los elementos preparatorios desde una perspectiva política (indultos, eliminación del Código Penal del delito de sedición, y la reforma de la malversación) suponen un claro ejemplo de disconformidad social, y que se traduce en que a más de un 60% de la población no le parece adecuada su aplicación. Una norma de tal calado político requiere mayorías reforzadas, un consenso muy amplio, tanto a nivel de representación parlamentaria, como social. Requiere también los informes técnicos lógicos en una norma de este calado como serían los del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial. Hemos de tener en cuenta que no es una medida legislativa más, que, una vez transcurrida la legislatura, y en el supuesto de que exista un cambio de mayorías, se pueda revertir, puesto que es una situación cuyos efectos son irreversibles, la norma será irrevocable desde la perspectiva legislativa. Es una circunstancia únicamente subsanable desde las decisiones jurisdiccionales, que indefectiblemente se prolongarán en

¹³ Aragón, M. (2024): La Constitución no permite la amnistía, en la obra de VV. AA: La Amnistía en España. Colex, pág. 65.

el tiempo, y que probablemente tendrán un discurrir incierto. De esta forma, y más allá de las disquisiciones técnico-jurídicas que abordaremos a continuación, la ley nace con una carencia inhabilitadora, no es una demanda social mayoritaria, obedece a un interés netamente partidista, coyuntural, de mayoría sustentadoras del Poder Ejecutivo, por un lado, y de revertir jurídicamente una situación de hecho, por el otro. No es propiamente una ley de amnistía, es un acuerdo de conveniencia, o en todo caso se incluye en ese concepto tan amplio de Derecho que describiera Ihering en 1923 cuando manifestara que «Tan derecho es el que ordena la educación con carácter universal, como el que prohíbe leer y escribir a los negros»¹⁴. O aquella que lo reduce a lo retórico por inoperativo, como es la declaración de inconstitucionalidad del estado de alarma por COVID varios años después de haber estado confinados 3 meses. Podríamos pensar que la sociedad está cambiando, y también sus necesidades, pero no es conveniente engañarse, la ley de amnistía es una clara evidencia de algo tan antiguo en la propia existencia humana como es el ejercicio arbitrario del poder en beneficio propio.

Tanto en el indulto, como en la amnistía, hay una clara excepcionalidad en la vigencia de la norma que casa mal con el principio de igualdad, y que viene necesitada de una suficiente justificación, singularmente política y social, que requiere de un respaldo mayoritario para no liquidar los elementos esenciales de la democracia, y singularmente de un respaldo jurídico perfectamente ensamblado con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

3. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Aunque es difícil agrupar por materias estancas todos los temas que aborda la Exposición de Motivos, puesto que están muy entrelazados y en muchas ocasiones no se agotan en la temática de cada apartado, creemos conveniente agrupar algunos que tienen relevancia desde la perspectiva doctrinal para un análisis singularizado, con independencia de que volvamos sobre ellos en apartados posteriores de este trabajo.

3.1. *Lo sucinto como valor intrínseco en lo jurídico*

La desproporcionada extensión de la Exposición de Motivos es un claro ejemplo de interés político de condicionar lo jurídico, o en todo caso de reinterpretarlo, a la vez que es también un claro ejemplo de una mala técnica legislativa. En nuestro ordenamiento jurídico han existido normas de ejemplo en contrario. Una de las normas más importantes desde la perspectiva política y mejor conformadas jurídicamente y cuya relevancia jurídica destaca en más de un siglo, después de la Constitución de

¹⁴ Ihering, R, v. (1877): *Law as means and End*. The Boston Book Company. Vol. I Boston, pág. 333.

1978, es sin duda la Ley para La Reforma Política de 1977, que con tan sólo cinco artículos cambió un régimen autocrático a un régimen democrático. No cabe más precisión y mayor amplitud de efectos con menos extensión. Por ello parece apropiado en este inicio recomendar siempre la sencillez en lo jurídico, por ser común lo negativo de lo desproporcionado. También puede ser ejemplo de concisión y claridad normativa la Ley de Amnistía de 1977, cualidades ya referidas.

Si bien es cierto que esta parte de las normas viene adquiriendo en la actualidad una considerable extensión, debido a una abrumadora carga política de sus contenidos, y que en cierto grado obedecen a la pretensión del legislador de justificar la norma desde una perspectiva finalista, no es menos cierto, que no puede hacerse ello desde la retorsión, o simplemente que no se ajuste a la verdad, o en última instancia, que la justificación quiera extenderse al ámbito jurídico, y todo ello sin rigor jurídico alguno. Creo que en España hay juristas de considerable mayor y mejor nivel al de aquellos que han intervenido o asesorado en esta norma. En el supuesto concreto que analizamos, una desproporcionada, contradictoria y ajurídica Exposición de Motivos degrada de forma muy significativa la norma. Se constituye en un relato de parte, y donde se hace relación de afirmaciones con claro sesgo político y poco ajustadas a la realidad, por ser en muchas ocasiones medias verdades o errores impropios de una norma de este rango. Se aprecia con nitidez que, sobre un trozo de tela eminentemente ideologizado, se han ido introduciendo pretendidos bordados que otorguen apariencia de juridicidad, de constitucionalidad, que en absoluto consigue, esencialmente por el componente deshilachado del paño original.

3.2. *Derecho comparado y antecedentes normativos*

Para acudir al derecho comparado¹⁵, es conveniente iniciar esta breve aproximación por determinar lo que parece amnistía, pero propiamente no lo es. La Exposición de Motivos de la norma que analizamos referencia los textos constitucionales de Portugal, Alemania, Francia e Italia, como ejemplos de regulación de la amnistía, con una falta de rigor jurídico abrumadora. Respecto de la primera constitución citada, y a pesar de que se usa el término amnistía, son técnicamente indultos. Es más, el caso referido de la utilización de esta vía con ocasión de la visita del Papa a Portugal en agosto de 2023 para la celebración de las Jornadas Mundiales de la Juventud, y que se materializó dos meses antes, en junio, se hizo a través de una ley de la Asamblea de la República para **amnistiar a todos los jóvenes** de entre 16 y 30 años que hubieran cometido delitos y **faltas leves**. Perfectamente homologable a los indultos que se

¹⁵ Sobre esta materia concreta es interesante la aportación de Vidal Prado, C. (2024): «Sin precedentes en Europa», en la obra coordinada por Betancor, A: La amnistía: El caballo de Troya de la democracia. Ediciones Deusto, págs. 81 a 102.

solicitan por parte de muchas cofradías en Semana Santa¹⁶ en España. Respecto de las constituciones de Alemania, Francia e Italia, la Exposición de Motivos no menciona que, en las tres, se excluyen de su delimitación los supuestos de alta traición y de forma más concreta para los supuestos de segregación territorial. La alemana no usa el concepto amnistía, sí el de indulto, y los artículos 161 f) del texto constitucional portugués, y 34 del francés, aunque usan el término, su materialización e interpretación hace identificarlas con el concepto de indultos («perdones genéricos» es la literalidad de la francesa). Por su parte la Constitución italiana establece en su art. 79: «La amnistía y el indulto serán otorgados con Ley deliberada por la mayoría de los dos tercios de los miembros de cada Cámara, en cada uno de sus artículos y en la votación final ... La amnistía y el indulto no podrán aplicarse nunca a los delitos cometidos con posterioridad a la presentación del proyecto de Ley». Conviene advertir que la Constitución española requiere mayoría cualificada, absoluta (176 votos) favorables para la aprobación de una ley orgánica, tipo de norma requerida para la amnistía, pero la constitución italiana eleva esa mayoría a dos tercios, es decir, la misma mayoría que exige el art. 168 CE para una reforma constitucional agravada. Repárese en que, si en nuestro ordenamiento jurídico se necesitara la mayoría expuesta, la ley no tendría ningún viso de ser aprobada dadas las actuales mayorías parlamentarias.

También hace referencia la Exposición de Motivos a que en nuestro ordenamiento jurídico la amnistía «ha sido utilizada en numerosas ocasiones», y concreta el reconocimiento por parte del art. 666.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece a la amnistía como una de las causas que obligan al sobreseimiento. Pero debe recordarse que esta redacción proviene de la original del texto, es decir de 1882. También se hace referencia al Real Decreto 796/2005, por el que se aprueba el régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia y otros Reales Decretos referidos a personal de la misma Administración de forma concreta. Pero su contenido está relacionado con condonaciones de sanciones dentro de los procedimientos disciplinarios, circunstancia bastante alejada del concepto de amnistía.

Especial contradicción se aprecia en la referencia a la Ley 20/2022 de Memoria Democrática, donde se reconoce que la Ley 46/1977 de amnistía forma parte de las leyes plenamente vigencia en el Estado español, y de forma concreta el art. 2.3 establece que «Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables».

¹⁶ A título de ejemplo las de Nuestra Señora de La Soledad y Descendimiento del Señor de Granada, Nuestro Padre Jesús el Rico o el Cristo de Mena en Málaga, el Santo Cristo del Perdón de León, Jesús Nazareno de Ponferrada (León) y del Santísimo Ecce Homo de Gandía (Valencia) entre otras muchas.

Esta circunstancia ya fue apuntada en 2012 por el Tribunal Supremo¹⁷. Cabe preguntarse si la norma de 1977 está plenamente vigente, ¿por qué no se aplica? o ¿se modifica? Esta justificación de la vigencia de la Ley de amnistía de 1977 es una vía argumentativa muerta. Únicamente pretende generar una apariencia jurídica de normalidad en la excepcionalidad de toda ley de amnistía y estando ausentes los requisitos esenciales (apoyo mayoritario, debate político normalizado, abierto y tranquilo, de madurez democrática, una justificación contextual y social y una viabilidad jurídica). De lo contrario, y es el caso, se da una pretensión de arrostrar un contexto prefabricado para el supuesto.

3.3. *El supuesto aval del Tribunal Constitucional*

El apartado IV de la Exposición de Motivos se inicia con el contundente texto: «La constitucionalidad de la amnistía fue declarada por el Tribunal constitucional en su sentencia 147/1986...». También se recurre a otras que no tienen como objeto del asunto la Ley de Amnistía de 1977. Un análisis valioso de esta cuestión realiza Ruiz Robledo¹⁸ al respecto de la genérica argumentación del respaldo del Tribunal Constitucional sobre la amnistía, y nos parece oportuno resumir sus aportaciones tras el exhaustivo estudio que realiza de las cuatro sentencias citadas por la Exposición de Motivos y de las que se extrae texto, porque de las otras 18 citadas, únicamente se referencian, pero no se deriva conclusión alguna de ellas. Deduce el autor una inconsistencia manifiesta. De forma más concreta manifiesta que «no hay jurisprudencia del Tribunal Constitucional porque nunca se le ha presentado una ley de amnistía posconstitucional. Es más, durante muchos años todos los partidos consideraron que estaba prohibida. La prueba más evidente es que cuando en 1995 se decidió aprobar un nuevo Código Penal —orgullosamente denominado “de la democracia”— se excluyó de las causas de extinción de la responsabilidad penal la amnistía, que estaba en el Código franquista de 1973...».

En resumen, los pronunciamientos que refiere la Exposición de Motivos no clarifican en absoluto un reconocimiento de la amnistía, únicamente refieren que este tipo de normas han de ajustarse, como no puede ser de otra forma, a los principios constitucionales. No hay por tanto un pronunciamiento específico al respecto de la constitucionalidad o no por parte del Tribunal Constitucional sobre la amnistía.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero.

¹⁸ Ruiz Robledo, A. (2024): «¿Respalda el Tribunal Constitucional la Amnistía?», en la obra de VV. AA: La Amnistía en España. Colex, págs. 153 a 159.

3.4. *Normativa europea*

Otro aspecto llamativo de la Exposición de Motivos es el recorrido por la normativa europea al respecto de la amnistía, pero de toda ella, no puede obtenerse más que la idea de su definición y existencia, pero de ninguno de los documentos citados puede extraerse justificación concreta alguna. El último documento al que se hace referencia es el de la Comisión Europea para la Democracia mediante el Derecho (vulgarmente conocida como Comisión de Venecia) que durante los días 29 de febrero y 1 de marzo de 2024 visitó las instituciones españolas (Congreso, Senado, Gobierno, Poder Judicial y oposición) con objeto de recabar datos para la realización de un informe al respecto de la ley. Con fecha 15 y 16 de marzo de 2024 emitió informe definitivo, manifestando lo siguiente:

- El documento no se pronuncia sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía, «que es una cuestión que en última instancia debe decidir el Tribunal Constitucional», ni sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.
- El informe avalaría la posibilidad de una ley de amnistía siempre que cumpla con los requisitos de legalidad, respeto al Derecho internacional, y seguridad jurídica, al definir con claridad los actos amnistiados y las excepciones, una tramitación que permita debate y participación y respeto a la independencia del Poder Judicial.
- El informe señala que, en general, las amnistías están motivadas por razones de reconciliación social y política, unos «objetivos legítimos que deben alcanzarse mediante métodos y procedimientos coherentes», entre los que apunta la inclusividad, la participación, los plazos adecuados y los debates públicos.
- Para la Comisión de Venecia esta proposición de ley de amnistía registrada en el Congreso «no afectaría a la separación de poderes, ya que deja en manos de los jueces la amnistía de los actos concretos conforme a la norma». Sin embargo, sobre que la proposición de ley se tramite de urgencia, apunta que «los procedimientos legislativos acelerados no son apropiados para la adopción de leyes de amnistía».
- **Advierte de que la proposición «ha provocado una profunda y virulenta división en la clase política, en las instituciones, en el Poder Judicial, en el mundo académico y en la sociedad de España» y anima a todas las autoridades a tomarse «el tiempo necesario para entablar un diálogo significativo».**
- Por último, entiende la Comisión la necesidad de mayorías cualificadas para la vigencia de una norma de tal calado político, equiparable a las que nuestra Constitución establece para la reforma agravada.

Como puede apreciarse la actividad de los órganos de la Unión Europea y del Consejo de Europa se han movido, y lo seguirán haciendo, en un contexto de no injerencia política en la actividad de los Estados. Sus pronunciamientos suelen ser

genéricos, laxos en su formulación, y singularmente dan posibilidad de justificación desde la mayoría de los posicionamientos políticos. Basta para constatar esta realidad el repaso de las noticias en prensa al día siguiente del conocimiento del borrador emitido por la Comisión de Venecia a principios de marzo de 2024. Las interpretaciones que se realizan son útiles para justificar una postura y su contraria. Además, conviene recordar que es un órgano consultivo, cuyas resoluciones no tienen carácter vinculante, ni fuerza ejecutiva alguna. En definitiva, la Comisión de Venecia no elabora una resolución judicial, realiza una valoración de aspectos jurídicos y políticos, a la vez que ofrece un conjunto de recomendaciones, y a partir de ella se realizan las respectivas interpretaciones políticas de conveniencia, sin un análisis jurídico, en definitiva, se realiza un mero uso de interés político.

No es un juicio político, sino jurídico, el que formula Betancor, «la amnistía es contraria al derecho de la Unión porque es contraria al Estado de derecho que los tratados (El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) elevan a la condición de valor “fundante” de la Unión»¹⁹, y tiene los mecanismos jurídicos necesarios para hacer efectivo ese valor fundante, dado que como tiene establecido el TJUE «la Unión debe estar en condiciones de defenderlos»²⁰.

3.5. *Justificación de la norma*

Respecto de esta cuestión que se aborda en el apartado II de la Exposición de Motivos, no cabe disquisición jurídica, puesto que únicamente se realizan unas valoraciones subjetivas, que en última instancia se constituyen en el fundamento de la ley. Después de referir los hechos objeto de amnistía, que se concretan en la consulta celebrada en Cataluña el 9 de noviembre de 2014, y el referéndum de 1 de octubre de 2017, estableciendo además que todos los hechos comprendidos entre el 1 de enero de 2012 y el 13 de noviembre de 2023, deben ser amnistiados. El motivo es que estos hechos «comportaron una tensión institucional que dio lugar a la intervención de la Justicia y una tensión social y política que provocó la desafección de una parte sustancial de la sociedad catalana hacia las instituciones estatales, que todavía no ha desaparecido y que es reavivada de forma recurrente cuando se manifiestan las múltiples consecuencias legales que siguen teniendo, especialmente en el ámbito penal» ... «La aprobación de esta ley orgánica se entiende, por tanto, como un paso necesario para superar las tensiones referidas y eliminar algunas de las circunstancias que provocan la desafección que mantiene alejada de las instituciones estatales a una parte de la población».

¹⁹ Betancor, A. (2024): «El derecho de la Unión Europea garante del Estado de Derecho opuesto a la amnistía, en la obra coordinada por el mismo autor: La amnistía: El caballo de Troya de la democracia. Ed. Deusto, pág. 106.

²⁰ STJUE de 16 de febrero de 2022, asunto Hungría/Parlamento y Consejo, apartado 127.

Sobre esta circunstancia con denominación genérica de normalización, no cabe realizar pronunciamiento jurídico, únicamente se debe esperar la verificación de su materialización una vez en vigor la norma. Pero en todo caso, quizás y únicamente acudiendo a nuestra historia más reciente, podamos obtener la respuesta de si las «desafecciones» se mitigarán o si se reiterarán pretensiones, o en todo caso aparecerán otras nuevas con el mismo origen justificador. En todo caso, no cabe teleología en una norma más incierta que esta.

3.6. *Leyes singulares, igualdad y test de proporcionalidad*

Se realiza en el apartado V una concatenación argumental entre leyes singulares, principio de igualdad y test de proporcionalidad que es difícil de seguir, y que tiene un complejo encaje doctrinal y jurisprudencial.

Para el Tribunal Constitucional son leyes singulares «aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro» (STC 166/1986, f. j. 10). Se circunscriben, en un principio, al ámbito del Derecho Administrativo²¹, y su dificultad de encaje constitucional proviene de que el legislador debe cuidar en su materialización no vulnerar dos principios constitucionales básicos: la prohibición constitucional de la arbitrariedad del legislador (art. 9.3 CE), y del principio de igualdad (art. 14 CE). A ello se añade en las SSTC 129/2013 y 203/2013 la necesaria constatación de que el legislador no utiliza este instrumento normativo para soslayar el control jurisdiccional de la decisión política. Como nos indica Montilla Martos²², «... a partir de esta sentencia la principal objeción que se puede realizar a las leyes singulares es la limitación de la tutela judicial efectiva», por lo que es necesario aplicar para la verificación de constitucionalidad la prueba de proporcionalidad. De esta forma, este tipo de normas requieren de una especial formulación. El Tribunal Constitucional utiliza los conceptos de «cierta prudencia» y «cuidado», para que exista un juicio de racionalidad para evitar que la norma pueda hacer incurrir al legislador en arbitrariedad (art. 9.3 CE); un segundo control, más intenso deriva del principio

²¹ SSTC 166/1986, de 19 de noviembre (caso «expropiación de RUMASA»); 48/2005, de 3 de marzo (caso «expropiación para la sede del Parlamento de Canarias»); 129/2013, de 4 de junio (caso «planta de Santovenia del Pisuerga»); 203/2013, de 5 de diciembre (caso «proyecto regional Ciudad del Medio Ambiente»); 50/2015, de 5 de marzo (caso «Parque Natural de Fuentes Carrionas»); 231/2015, de 5 de noviembre (caso «convalidación por ley de obras de ordenación de recursos hídricos»); 170/2016, de 6 de octubre (caso «tres alturas edificatorias en Madrid»); y 152/2017, de 21 de diciembre (caso «almacenamiento subterráneo de gas 'Castor'»).

²² Montilla Martos, J. A. (2015): «Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, mayo-agosto, pág. 281. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.104.09>. Un estudio más amplio del mismo autor es su obra: *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994.

de igualdad (art. 14 CE), que exige la justificación objetiva, razonable y proporcionada de la diferenciación introducida por la ley singular; y el control de proporcionalidad que impone el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), consistente en el examen de que existe un motivo de interés público con respecto al cual la intensa limitación que la ley singular determina en las posibilidades de defensa judicial del ciudadano se presenta como una medida idónea, necesaria y ponderada.

Toda esta construcción jurisprudencial la concreta la Exposición de Motivos en la afirmación siguiente: «Este es precisamente el parámetro de constitucionalidad que cumple la presente ley orgánica de amnistía, toda vez que su objeto y ámbito se dirige a un grupo concreto de destinatarios y agota su contenido en la adopción de la media para un supuesto de hecho singular ...». Con posterioridad, circunscribe la justificación de proporcionalidad únicamente respecto del principio de igualdad, soslayando los otros dos principios constitucionales que hemos referido como necesarios para la juridicidad constitucional, y se hace ello con una endeblez jurídica manifiesta. Baste reproducir lo siguiente: «La razonabilidad de la misma se vincula a la justificación objetiva y razonable de su singularidad, que se enmarca en la necesidad de superar, como ya se ha puesto de manifiesto, la situación de alta tensión política que vivió la sociedad catalana de forma especialmente intensa desde 2012». La justificación de la proporcionalidad y la adecuación son más diluidas y ajurídicas.

El principal objeto de la Exposición de Motivos debería ser este, es decir la justificación de la norma, y si se acoge al modelo de ley singular, justificar plenamente como se conjuga desde la perspectiva constitucional, y como se conforma en relación con el principio de no arbitrariedad del legislador, del principio de igualdad y el de la tutela judicial efectiva. Debe ser el alma justificativa de la norma, donde se aprecie de forma indubitada, y desde una perspectiva jurídica la inexistencia de contradicción con los contenidos constitucionales. Pero como hemos manifestado todo parece indicar que la Ley de Amnistía desborda de forma palpable la propia naturaleza de la ley singular, puesto que su contenido material no se corresponde con la actividad ejecutiva de la Administración, a la vez que se incardina más en una suplantación de la potestad jurisdiccional, reservada en virtud del art. 117.3 CE «exclusivamente a los juzgados y tribunales».

Otra cuestión transcendental en relación con la utilización del tipo de ley singular es la apuntada por Mestre Delgado²³ la ley se autodefine como ley singular «desarrollando alegatos sobre los principios de justificación y razonabilidad, proporcionalidad y adecuación. Pero sorprendentemente no ha dedicado ni una sola línea de su argumentación a justificar la validez, en términos constitucionales, de las determinaciones que incorpora sobre los efectos de la amnistía en las resoluciones judiciales firmes»

²³ Mestre Delgado, J. F. (2024): «Amnistía mediante ley singular que impide la ejecución de sentencias firmes», en la obra coordinada por Betancor, A.: *La amnistía: El caballo de Troya de la democracia*. Ed. Deusto, pág. 177.

3.7. *Constitucionalidad de la ley*

Otro aspecto que se aprecia en la Exposición de Motivos es la pretensión afirmativa constante de que la ley es constitucional, incluso en ocasiones se arroga las funciones del único órgano con capacidad para determinar la constitucionalidad de la misma, utilizando esta literalidad: «Pues bien, declarada su constitucionalidad ...», es decir, que la Exposición de Motivos realiza el proceso de verificación de constitucionalidad, entendemos, que a salvo de lo que en su momento pudiera manifestar el Tribunal Constitucional. Esto es algo novedoso en el ámbito jurídico, por utilizar un calificativo neutro. Parece que se ha trasladado a la norma el debate social al respecto de la constitucionalidad o no de la ley, y el proponente tiene bastante clara la constitucionalidad de ella.

Esta actividad del legislador es un mecanismo de suplantación de la Constitución, actividad que no le cabe realizar ni al propio Tribunal Constitucional, que tampoco puede soslayar los conceptos unívocos o indubitados de aquella. El Tribunal Constitucional no puede hacer decir a la Constitución lo que no dice, porque no es poder constituyente, su finalidad es preservar la voluntad de este manifestada en el texto constitucional. Son las reglas del Estado Social y Democrático de Derecho, y las podemos subvertir, pero no bajo el engaño o la apariencia de constitucionalidad, y sí únicamente mediante mecanismos de incumplimiento, o de reforma constitucional. Como manifiesta Aragón, «En Derecho, las cosas son lo que son y no como se las denomina. De manera que, si la medida, no llamándose amnistía, tuviera todas las características de una amnistía, algo que conceptualmente es claro en sentido jurídico, la inconstitucionalidad de esa medida seguiría siendo patente»²⁴.

Se viene esgrimiendo desde el ámbito político independentista que la voluntad de la mayoría está por encima de la ley y de la Constitución. También algunos grupos políticos de ámbito nacional han manifestado la idea de que nada puede sustraer al legislador la potestad de crear y derogar leyes. Ambos son argumentos de leguleyo, parten de un profundo desconocimiento del Derecho y de la democracia, y que pueden ser entendidos como propios de regímenes autocráticos. La voluntad de las mayorías y la facultad de crear y derogar leyes del Poder Legislativo debe estar sometida a normas, no es una facultad omnímoda, sin control. Las potestades del legislativo, al igual que las de otros poderes de todo Estado deberán estar previstas en la Constitución, y ajustarse al Derecho de forma más genérica. Por ello, si nuestra Constitución prohíbe lo menos (indultos generales) cabe deducir que también prohíbe lo más (amnistía)²⁵. Ello no plantea limitaciones absolutas al legislativo, únicamente condiciona la vía de actuación. ¿Cuál es esta? Pues la propia Constitución la establece, su propia reforma. ¿Por qué no se usa esta vía? Por algo muy sencillo, porque requiere

²⁴ Aragón, M. (2024): «¿Constructivismo jurídico?», en la obra de VV. AA: La Amnistía en España. Colex, pág. 23.

²⁵ Ver en este sentido la argumentación de Gimbernat, E. (2024): «Crítica a la Proposición de Ley de Amnistía», págs. 333 y ss., en la obra de VV. AA: La Amnistía en España. Colex.

unas mayorías que no pueden darse. Por ello se opta por el atajo normativo, por forzar la norma descomponiendo el sistema.

Pero a pesar de todos los elementos referidos de la Exposición de Motivos, ninguno de ellos supone tacha de inconstitucionalidad o ilegalidad, puesto que nuestro ordenamiento jurídico no considera a esta parte de la norma con fuerza jurídica vinculante. Su vehemencia, inconcreciones, medias verdades, relato de parte, falta de rigor jurídico, interpretaciones torticeras, aunque se trasladan al texto, únicamente son demostrativas de mala técnica legislativa, de una situación política forzada en extremo, que quiere tener un reflejo normativo, pero el legislador, sin una guía técnico-jurídica, no puede más que cometer graves errores, y los políticos se reprochan en el Parlamento o en las urnas, y los jurídicos en los tribunales. Por lo que hemos de quedar a la espera del pronunciamiento de éstos, lo cual no es óbice alguno, para realizar, desde el ámbito doctrinal, un análisis jurídico de la Ley de Amnistía.

No faltan autores que entienden constitucional la norma, incluso apuntan virtudes de esta. Por todos citamos a García Roca, quien manifiesta que «Estoy persuadido de que la amnistía es constitucional en abstracto. Es una competencia habitual del Parlamento en los países de nuestro entorno y existen variados precedentes comparados como ilustra la exposición de motivos de la proposición de ley. Resta revisar, en un juicio concreto, si la iniciativa legislativa presentada es constitucional en todos sus extremos. La calidad de las leyes siempre es perfectible, pero me parece que es un texto redactado con calma, que tiene una buena exposición de motivos y un muy pensado articulado, aunque algunos preceptos podrían quizás enmendarse y matizarse, y precisamente para eso está el procedimiento legislativo que ahora se inicia...» A continuación, desgrana en un decálogo, las justificaciones de su constitucionalidad²⁶.

Como resumen de este apartado de la Ley de Amnistía, viene a cuento uno de José María Pemán, magníficamente resumido por Marina²⁷ «Está a punto de morir un venerable fraile que ha vivido toda su vida en un convento apartado de la sociedad, donde le depositaron de bebé. Ante la proximidad de su muerte, el padre abad le pregunta si tiene algún deseo que satisfacer. El anciano moribundo dice que tiene dos: ha oído muchas veces la palabra *mujer* y la palabra *tranvía* y no quisiera morir sin conocer realmente cómo son. El padre abad pensó que subir un tranvía hasta el monasterio era complicado, pero que, al menos, podía hacer subir a una mujer, concretamente a doña Patrocinio, una obesa benefactora. Doña Patrocinio se ofrece caritativamente a ver al moribundo. Después de la visita, el abad entra a preguntarle: «hermano, ¿qué le ha parecido?». Y el buen monje responde: «por lo menos ya puedo morir sabiendo lo que es un tranvía».

²⁶ García Roca, J. (2023): «Democracia representativa y amnistía» (El País, 1 diciembre 2023). https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1239268. Consultado 10 abril de 2024.

²⁷ Marina, J. A (2016): Tratado de filosofía Zoom. Ariel. Barcelona, pág. 47.

4. CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Hemos manifestado que son muchos los reproches que se le pueden hacer a la Exposición de Motivos, pero no tiene esta crítica relevancia más allá de lo subjetivo. Por el contrario, el análisis del articulado entra en lo verdaderamente nuclear de la Ley de Amnistía. Por ello pretendemos realizar en este apartado las subdivisiones que nos permitan individualizar o separar los aspectos que entendemos más relevantes desde una perspectiva doctrinal, en la idea de que no es conveniente mezclar conceptos y argumentos, y en aras también de la claridad jurídica.

4.1. *Quiebra el Estado de Derecho*

La amnistía lleva implícita un reproche al contexto que produce la sanción y el establecimiento de la pena. La ley de Amnistía de 1977 abarcó infracciones penales, administrativas y laborales con una clara intencionalidad política, se realizaba con ello una condena moral del régimen de Franco, y así ha ocurrido en todas las amnistías recientes, siempre subyace un concepto de repudio, de rechazo del contexto en el que se produjeron los procesos y las sanciones. Ello es lo que justifica la no arbitrariedad de la medida, la no ruptura del principio de igualdad, a la vez que allana el camino de las nuevas pretensiones políticas y morales del contexto futuro que quiere generar.

Pero el problema lo encontramos cuando en un Estado de Derecho no se produce esa circunstancia, puesto que tendríamos que deducir que la actuación de los poderes públicos no fue conforme a la legalidad o la constitucionalidad, es decir que las penas establecidas fueron injustas o desproporcionadas, o en todo caso que no se ajustaban a norma, o, por último, que eran radicalmente inconstitucionales, en definitiva, que los procesos fueron manifiestamente contrarios a Derecho. Este es un argumento que viene defendiendo el independentismo catalán desde hace tiempo y que se resume en la pretensión de la no judicialización de la política, como si fueran ámbitos que pueden coexistir por separado, o que se repelen el uno al otro como el aceite y el agua dentro de un recipiente.

Este es el problema que se plantea cuando se pretende canalizar en vía jurídica una pretensión política, y se quiere llevar a término con la máxima celeridad y con un alto grado de improvisación. Por mucho que se esfuerce la Exposición de Motivos en argumentar el interés común, la legitimidad del Parlamento, o la constitucionalidad, la Ley de Amnistía es una enmienda a la totalidad de la Constitución española, y singularmente no encaja en el Estado de Derecho porque se constituye en una contraprestación política. Un acuerdo político de necesidad vital para la investidura en 2023 ha tenido que irse canalizado por eliminación. Primero por indultos parciales, pero ante la negativa taxativa de la CE en su artículo 62. i) de los indultos generales, había que acudir a la vía de una ley de amnistía, y encajarla a martillazos en nuestro

ordenamiento jurídico. Pero a martillazos no entra, es jurídicamente imposible sin romper el Estado de Derecho.

Se olvida con frecuencia que la Constitución ofrece múltiples vías e iniciativas para materializar pretensiones sociales y políticas, el contexto que ofrece el Estado de Derecho facilita el ejercicio de todo tipo de acciones legales, y canalización de pretensiones políticas, a la vez que nuestra integración en la Unión Europea se constituye en un marco de garantía jurídica insoslayable. De esta forma la amnistía en un Estado de Derecho plantea una *contraditio in terminis*, si tiene cabida es porque no hay un verdadero Estado de Derecho, o porque aquélla es incompatible con éste. Reconocer hoy una amnistía por el proceso independentista es manifestar con rotundidad que las penas establecidas por los tribunales han sido injustas, que la actuación del Tribunal Constitucional fue contraria a la Constitución, que la aplicación del artículo 155 CE fue tomada por el Senado de manera inconstitucional, que la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado fue desproporcionada y arbitraria, que las actuaciones del Tribunal de Cuentas y la Fiscalía del Estado se tomaron en contra del ordenamiento jurídico, y que las medidas ejecutadas por el Gobierno entraron en el ámbito de una actuación arbitraria y por tanto, no ajustada a Derecho. En definitiva, es un reproche a la totalidad de la actuación del Estado, que pretendía impedir la materialización de la segregación territorial de una parte de este.

4.2. Rompe el principio de igualdad

Junto con la libertad, la igualdad se constituye en los dos pilares sobre los que se asientan los sistemas democráticos actuales, son su esencia. La igualdad no es únicamente la prohibición de un trato desigual o arbitrario, es esencialmente un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que una materialización de la necesidad de aplicar e interpretar la ley de forma uniforme, con independencia del sujeto, a la vez que de un trato igual en la norma. El principio de igualdad se vulnera cuando la norma distingue sin justificación razonable, supuestos de hechos iguales. De esta forma, «el principio de igualdad exige (...) que la diferencia de trato esté objetivamente justificada y que exista proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida»²⁸. La Exposición de Motivos justifica la adecuación al principio de igualdad con la siguiente literalidad: «... en la medida en que el ámbito de aplicación se identifica de forma objetiva y justificada, de acuerdo con valores constitucionales, y sin que arbitrariamente se excluyan de la misma supuestos con una identidad sustancial».

Pero para que ello pueda concretarse es necesario una precisión casi quirúrgica en el texto, siendo la realidad contraria a esta afirmación. El artículo 1.1 fija un periodo de tiempo, pero en su inciso final introduce una cláusula genérica, indeterminada,

²⁸ Gómez Sánchez, Y. (2023): *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. Sanz y torres. 6ª Ed. Madrid, pág. 316.

que rompe la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación necesarias para que la medida sea justa y exenta de arbitrariedad. La literalidad es demoledora «... que no se encuentren directamente relacionadas con estas conductas o incluso hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración». Como puede comprobarse la indeterminación es absoluta, a lo que se añade que, a lo largo de la determinación concreta de los delitos amnistiados, letras a) a f) siempre se introducen elementos de indeterminación, que abren la aplicabilidad, y que por tanto ahondan en la vulneración del principio de igualdad. Es difícil hacer relación de todas ellas, pero pongamos algunas de muestra: Art. 1.1. a) «... actuaciones desarrolladas, a título personal o institucional», actos «vinculados directa o indirectamente al proceso independentista...»; Art. 1.1.b) «... así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviera idéntica finalidad»; Art. 1.1. c) «... idéntica intención»; Art. 1.1. f) «... así como cualesquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones». El art. 2 refiere «... cualquiera que fuere la forma de autoría o participación».

La STC 166/1986, de 19 de diciembre, en su f. ju. 11 compone la relación entre ley singular y principio de igualdad. Aunque es algo larga la reproducción, entiendo que está justificada para mejor entendimiento de esta. Comienza manifestando que «En la Constitución española no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a las Leyes, impeditiva de que éstas tengan un carácter singular, si bien consagra principios, que obligan a concebir dichas Leyes con la naturaleza excepcional más arriba apuntada, en cuanto que de ellos se derivan límites que pasamos a examinar con la debida separación». Cuando entra en el análisis de éstos, especifica que «La Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas». En el contexto de lo manifestado, no parece existir un ajuste claro al contenido de la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

Pero la indeterminación e inconcreción de la norma no solo afecta al principio de legalidad y a los derivados de una mala calidad técnica, también plantea un problema de aplicabilidad, de determinación de sujetos, y en última instancia de alcance de la propia amnistía. Casa jurídicamente muy mal la indeterminación jurídica con lo que se pretende que sea una ley singular. Pero además de vulnerar el principio de igualdad, se produce otra vulneración de igual calado, la lesión del principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 CE. Es necesaria una precisión absoluta en la determinación de supuestos y destinatarios en una ley de amnistía, puesto que se trata de excepcionar la vigencia de normas, y de forma más concreta la aplicabilidad de resoluciones judiciales, o en última instancia, del mandato de órganos constitucionales en el legítimo desempeño de sus funciones. Además, el principio de seguridad

jurídica también se ve afectado por la dificultad de una aplicación unívoca de la ley de amnistía, puesto que, a la indeterminación de supuestos y sujetos, se suma la del plazo, al constituirse este en el elemento objetivo de determinación. Cabe pues adaptar aquí la frase de Kelsen de que todo aquello que no es conforme a Derecho, es contrario a la igualdad.

4.3. *Vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*

El principio de interdicción de la arbitrariedad fue concebido por Leibholz en 1928 como una herramienta delimitadora y ponderadora del principio de igualdad respecto de la actividad del legislador o de otros poderes públicos. Supone así, la prohibición de la arbitrariedad, esto es, de toda diferencia carente de una razón suficiente y justa. El principio es reformulado por García de Enterría en 1959²⁹, con un sentido más extenso, no únicamente circunscrito al principio de igualdad. Mediante una enmienda del senador y discípulo suyo, Lorenzo Martín Retortillo³⁰, el principio se constitucionaliza en 1978, bajo la pretensión de ser una técnica o mecanismo más de control o fiscalización de los poderes públicos inherentes al Estado de Derecho.

Pero arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación. La actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de la actuación de un poder público y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho.

Para encontrar la superación del concepto de arbitrariedad descrito se acude en la Exposición de Motivos al concepto jurídico indeterminado de «interés general». Pero para la verificación de este se debe acudir de forma inexorable a la existencia de voluntades mayoritarias, que no parecen apreciarse en ningún ámbito. No existen en el sentir mayoritario de la ciudadanía, que como hemos visto es contraria a la amnistía en más de un 60%. No lo ha sido en el resultado de la votación de la ley, que como hemos manifestado se mueven en una partición casi matemática en el Pleno del Congreso y contraria en el Senado. También ha sido públicamente rechazada por las agrupaciones o asociaciones más técnicas de la Administración y singularmente en la de Justicia, donde las asociaciones de jueces y magistrados, a la vez que las de fiscales, las de abogados y procuradores, han manifestado un posicionamiento genérico en contra de su necesidad, más allá de meros alineamientos partidistas. Lo mismo ha

²⁹ García de Enterría, E. (1959): «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria». *Revista de Administración Pública*, núm. 30, págs. 131-166 y del mismo autor (1962) «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, págs. 159 a 208.

³⁰ Martín Retortillo, L. (1984): *Bajo el signo de la Constitución: (estudios de derecho público)*. Akal Editor.

ocurrido en el ámbito doctrinal, donde existe un sentir mayoritariamente contrario a la ley, y singularmente cuando los posicionamientos lo son estrictamente académicos, fuera de los ámbitos de influencia de los partidos políticos y de los medios de comunicación. Puede resumirse que nunca tantos estuvieron tan equivocados. Pero, aunque así fuera, lo que es evidente es que no se cumple el requisito esencial, el apoyo social y político mayoritario que determina con claridad el interés social, y como consecuencia, que erradique la arbitrariedad.

Es conveniente recordar, que, si en un principio la interdicción de la arbitrariedad tiene una referencia de carácter administrativo, la Constitución la extiende a todos los poderes públicos. Se extrapola así la relación ley-reglamento a Constitución-ley respecto del principio que analizamos. Esta circunstancia aún podemos precisarla algo más respecto al legislador, que se articula por la vía del principio de igualdad, que requiere lo ya referido.

Fernández Farreres³¹ se ocupa de esta misma cuestión, y después de enmarcar el tema de la arbitrariedad del legislador, lo centra en los supuestos específicos de quiebra de la proporcionalidad y la desviación de poder, que ha de partir de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada, y que se concretan en dos supuestos: «1) cuando la decisión resulta desproporcionada a la vista de las consecuencias y efectos que produce, y 2) cuando la verdadera finalidad perseguida no se corresponde con la que formalmente se alega por ser ésta la única que jurídicamente puede ampararla». Más contundente es el autor al manifestar que «...en el Estado constitucional de Derecho, el poder de amnistiar en manera alguna puede ejercerse por cualquier motivo, o para cualquier finalidad u objetivo, con una absoluta y omnímoda libertad solo propia del absolutismo o de la dictadura. La amnistía sólo resulta concebible si está al servicio de la consecución y mantenimiento de determinados valores constitucionales de especial transcendencia»³². En este mismo sentido Betancor³³ manifiesta que la indeterminación de la excepcionalidad crea un régimen de privilegio que es fuente de una desigualdad arbitraria o injustificada, que se refiere solo al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido».

4.4. *Fractura el principio de seguridad jurídica*

La seguridad jurídica es un componente esencial del Estado de Derecho, incluso, para nuestro Tribunal Constitucional es lo que permite «promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad»³⁴. Se identifica en la doctrina la seguridad

³¹ Fernández Farreres, G. (2024): «Amnistía y arbitrariedad del legislador», en la obra coordinada por Betancor, A: La amnistía: El caballo de troya de la democracia. Ed. Deusto, pág. 201.

³² Ibidem, pág. 205.

³³ Betancor, A. (2024): «Qué es la amnistía y cómo afecta a la institucionalidad democrática», en la obra coordinada por el mismo autor: La amnistía: El caballo de Troya de la democracia. Ed. Deusto, pág. 32.

³⁴ STC 27/1981, de 20 de julio, 134/2000, de 13 de abril y 96/2002, de 26 de mayo.

jurídica con *predictibilidad*, o lo que es lo mismo, que todo individuo conozca, entienda, pueda predecir las consecuencias jurídicas de sus actos. En definitiva, protege la confianza de los ciudadanos, para lo que es necesario que el Derecho sea cierto, indubitado, o al menos lo pretenda. Ello requiere a su vez calidad técnica, que elimine vacíos normativos, portillos jurídicos o contradicciones en la norma. En resumen, que como establece el Tribunal Constitucional exista certeza en la norma y previsibilidad de los efectos en la aplicación por parte de los poderes públicos, siendo rotundo en la afirmación de que el principio de seguridad jurídica «... ha de entenderse como la certeza sobre la regulación jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la calidad y la no confusión normativa»³⁵.

Hecho repaso sucinto del principio lo aplicamos a la ley objeto de nuestros desvelos. El artículo 1 delimita el ámbito objeto de la amnistía, y utiliza para ello dos parámetros: el tiempo, que se establece en un espacio temporal concretado en fechas (1 de enero de 2012 a 13 de noviembre de 2023); y otro en virtud del cual se establece un marco en el que ejecutan actos o acciones «... cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos»³⁶. Pudiera parecer que la conjunción de dos elementos determinantes del ámbito objetivo de la amnistía podría quedar delimitado y concretado con precisión, pero contrariamente a ello, el uso de indeterminaciones o cláusulas interpretativas abiertas, que se pretenden que tengan carácter expansivo, dificulta el objetivo. Se produce además una remisión constante de unas a otras, lo que produce una confusa indeterminación, que culmina en el apartado 2 del artículo 1 «... como cualesquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones». No se puede ser más inconcreto. Conviene recordar que estamos realizando el análisis de una ley singular, dentro de un contexto de excepcionalidad máximo como es una ley de amnistía, y estamos refiriendo inconcreciones que son el fundamento de la pérdida de efecto de resoluciones penales en relación con penas sustantivas. Todo parece indicar que supone ello una flagrante vulneración del principio de seguridad jurídica. Una ley de amnistía requiere inexorablemente una clara e inequívoca determinación de supuestos y destinatarios, se trata de una medida excepcional de no vigencia del ordenamiento jurídico, lo que inexorablemente demanda claridad y precisión. Otro claro ejemplo de indeterminación jurídica viene constituido por el inciso final del apartado 3 del artículo 1, cuando incluye en el periodo anterior a la finalización del límite temporal (13 de noviembre de 2023) a los actos cuya «ejecución finalice con posterioridad a esa fecha».

A ello hay que sumar que la necesaria aplicabilidad de la amnistía por el órgano judicial competente se verá impedido, o tendrá que realizar un esfuerzo interpretativo *ultra vires*, o incluso que lo pueda hacer interpretando libremente la teleología

³⁵ STC 222/2003, f. ju. 4.

³⁶ Las letras a), b), c), d) y f) refieren actos, por el contrario, la letra e) refiere acciones porque es relativa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

de la norma. Lo que igualmente ahonda en la vulneración del principio de seguridad jurídica. La norma se mueve en una contradicción permanente, por un lado, quiere abrir los actos y sujetos de la amnistía, y por otro quiere reducir al máximo la posibilidad interpretativa del aplicador jurídico. Ello unido a una mala técnica legislativa lleva a la contradicción, a la indeterminación jurídica, se consigue el efecto contrario al deseado, porque son dos pretensiones incompatibles entre sí. Es prácticamente imposible la determinación de un delito y sus sujetos mediante el establecimiento de un plazo temporal, y aún más si el otro componente delimitador está plagado de cláusulas pretendidamente abiertas. Todo ello arroja un resultado final claramente contrario al principio de seguridad jurídica, que en última instancia puede provocar una aplicación completamente heterogénea por parte de los distintos órganos judiciales.

Otra cuestión que afecta también al principio constitucional de seguridad jurídica, es la modificación expresa de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas por la Disposición adicional segunda, que modifica su art. 39, al que le otorga una nueva redacción. La modificación tácita de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que el art. 4.4, en su inciso final establece que el alzamiento se producirá «incluso cuando tenga lugar el planteamiento de un recurso o cuestión de constitucionalidad contra la presente Ley o alguna de sus disposiciones». Con ello se elimina el carácter suspensivo temporal establecido por el artículo 35.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por último, la Disposición adicional primera modifica el Código Penal.

Con estas tres modificaciones de normas de carácter orgánico, y específicas en su materia, se plantea la duda de si una ley singular, y de carácter excepcional, puede tener tal alcance. La cuestión constitucional no afecta tanto desde una perspectiva teórica, a la relación entre leyes orgánicas, y sí esencialmente a la determinación del alcance de una ley singular. Es aquí donde puede plantearse una verdadera contradicción constitucional, aunque lamentablemente los precedentes inmediatos en nuestro ordenamiento jurídico no son ejemplo de rigor normativo en este sentido, puesto que existe una tendencia casi desmedida al aprovechamiento de la ley para modificar los asuntos más alejados de su pretensión específica, a la cabeza de la cual suele situarse de forma anual la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que modifica aspectos de toda índole, más allá del estrictamente presupuestario.

Pero las circunstancias del supuesto que ahora nos ocupa tiene un agravante especial, no sólo se trata de una ley singular, sino que además es una ley de amnistía, de tal manera que se suman dos limitaciones teóricas a la imposibilidad de regular materias tan específicas como son la actividad del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Constitucional y la modificación del Código Penal. Con intensidad se ocupa la Exposición de Motivos en su apartado V de referir doctrina constitucional a este respecto (STC 129/2013) y de referenciar que «Este es precisamente el parámetro de constitucionalidad que cumple la presente Ley Orgánica de Amnistía, toda vez que su

objeto y ámbito se dirige a un grupo concreto de destinatarios y agota su contenido³⁷ en la adopción de la medida para un supuesto de hecho singular...». Parece deducirse con claridad que hay una divergencia considerable entre la delimitación de la Exposición de Motivos y las modificaciones de las tres leyes orgánicas referidas, que bien parecen apuntar a una fractura del principio de seguridad jurídica instaurado en la Constitución.

4.5. *Conculca el principio de separación de poderes*

Utilizamos el término conculcar en este subapartado porque en su acepción segunda del DRAE lo refiere como «quebrantar una ley, obligación o principio», y esta es la circunstancia que se produce respecto a determinados contenidos de la Ley que analizamos.

Hemos apuntado con anterioridad que existe el argumento en ciertos ámbitos ideológicos, singularmente de izquierda, nacionalistas, e independentistas, que las voluntades de las mayorías, y del legislativo son absolutas y lo pueden todo, singularmente respecto al resto de poderes constitucionales. Incluso pudiera deducirse de esta línea argumental que el Poder Judicial, en su sometimiento a la ley, también lo está al que la genera, al que la crea, reforma o deroga. En este sentido se pronuncia Pérez Royo, para quien «Las Cortes Generales son el único órgano constitucional que no «ejecuta», sino que «crea Derecho». La libertad es propia del acto de creación y nunca del acto de ejecución. Y como el Parlamento es el único órgano que «crea» derecho, solamente él puede tenerla. El poder ejecutivo ejecuta la ley. El poder legislativo no ejecuta la Constitución, sino que «interpreta» la Constitución creando el derecho que la sociedad necesita para dar respuesta a los problemas con los que tiene que enfrentarse, porque la Constitución no ha dado respuesta a ninguno. La Constitución se limita a prever el órgano, el Parlamento, y el procedimiento legislativo con el desarrollo de los Reglamentos parlamentarios, mediante los cuales se tiene que dar respuesta al problema que se plantee, cualquiera que sea este».

Continúa manifestando el autor que venimos citando, que en esa «libertad de configuración» las Cortes Generales solo tienen dos límites: «uno formal, las normas relativas al procedimiento legislativo; y otro material, los derechos fundamentales, de cuyo «contenido esencial» no puede disponer el legislador. Pero nada más. Si se cumplen las reglas procedimentales para aprobar la ley y si no se atenta contra los derechos fundamentales, las Cortes Generales son libres para decidir lo que estimen pertinente»³⁸.

Pero pese a lo expuesto, parece más acorde con una interpretación actual, deducir que los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones constitucionales están en

³⁷ El subrayado es nuestro.

³⁸ Pérez Royo, J. (2023), en Eldiario.es, 2 agosto 2023: https://www.eldiario.es/contracorriente/constitucionalidad-ley-amnistia_132_10425250.html Consultado el 3 de mayo de 2024.

el mismo nivel que el resto de los poderes. Nuestra Constitución manifiesta con claridad en su art. 117.1 que los jueces y magistrados están «... sometidos únicamente al imperio de la ley». De igual forma, también conviene referenciar un casi olvidado art. 118 de la Constitución que establece que «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto». Existe una clara pretensión en nuestro sistema democrático actual, nada democrática, de embridar a los jueces, como si se hubieran convertido en la representación de lo inconstitucional, en lo contrario al Estado de Derecho y la democracia. Esta idea y su materialización es de una gravedad máxima, y de la que el ciudadano no adquiere conciencia, en la idea de que en el debate político todo es admisible. No es menos peligrosa la condescendencia con la idea de que los gobiernos siempre tienden al control institucional en beneficio propio. Pero como manifiesta Blanco Valdés, «... no puede el legislador *expropiar* al Poder Judicial una potestad que a él, y sólo a él, le ha sido atribuida expresamente por la Constitución»³⁹. En definitiva, el Poder Judicial ejerce funciones constitucionales, en igualdad de condiciones al Legislativo y Ejecutivo.

Como es sabido, nuestra Constitución no explicita el principio de división de poderes, pero no cabe duda alguna de su reconocimiento implícito. Lo mismo ocurre en la normativa europea, que de forma concreta recoge en el art. 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea un concepto de Estado de Derecho que lleva implícito el principio de separación de poderes. Algo más explícita es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, quien manifiesta que «conforme al principio de separación de poderes que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho, debe garantizarse la independencia de los tribunales y en particular frente a los Poderes Legislativo y Ejecutivo»⁴⁰. También manifiesta el mismo Tribunal, que para preservar este principio de división de poderes «resulta importante que los jueces se encuentren protegidos frente a intervenciones o presiones externas que puedan amenazar su independencia», y ello debe darse no únicamente en la norma, sino también en el «contexto jurídico-fáctico nacional».

Tampoco faltan autores que entienden desactualizado el propio principio de división de poderes. Es el caso de García Roca, para quien «En definitiva, la antigua concepción liberal de la regla de la separación no se adecúa a las nuevas realidades y fuerzas sociales ni a las gigantescas dimensiones del Estado social contemporáneo y, por ello, se ha agrietado hasta resquebrajarse. Poco se asemeja el ingenuo esquema tripartito de órganos y funciones de los liberales clásicos a la compleja realidad normativa e institucional de la «organización constitucional» a finales del siglo XX»⁴¹. Continúa manifestando el autor que venimos citando, que «Por otra parte, el

³⁹ Blanco Valdés, R. L. (2024): «La Amnistía: Una Ley de punto... y seguido», en la obra de VV. AA. La Amnistía en España. Colex, pág. 398.

⁴⁰ STJUE, de 15 de julio de 2021, apartado 96.

⁴¹ García Roca, J. (2000): «Del principio de la división de poderes». Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) n° 108, Abril-Junio, pág. 46.

equilibrio de poderes rara vez ha existido ni en la realidad de los Estados ni en sus normas, en cambio, habitualmente se ha producido la «primacía» (Lucas Verdú) o el «predominio» (De Cabo Martín) de uno de ellos. El problema no es alcanzar un imposible equilibrio geométrico sino asegurar un adecuado balance de los contrapesos y limitaciones constitucionalmente dispuestos, cuestión nada sencilla y sometida a una dinámica constitucional muy fluida y cambiante.

Desde la perspectiva estática, tampoco ha sobrevivido en el tiempo un entendimiento orgánico excesivamente rígido de la separación de poderes, privado de mecanismos de coordinación e integración recíproca. Ni menos aún las normas constitucionales han disciplinado una división material y formal de funciones sin solapamientos posibles entre los distintos poderes: las crecientes potestades normativas del ejecutivo son una prueba de cuanto digo. Con excepción, claro es, del monopolio y exclusividad de Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional, que adquiere en España perfiles de una reserva constitucional absoluta (art. 117 CE)⁴².

Se deduce de la Ley de Amnistía una pretensión de corrección de la actuación del Poder Judicial, incluso de reproche de inmiscuirse en el ámbito de lo político, lo que le ubica en una encrucijada irresoluble, diabólica. Cabría entender que las actuaciones judiciales llevadas a cabo por los delitos ahora amnistiados, de no haberse producido, hubieran tenido como consecuencia la prevaricación de jueces y tribunales, y una vez publicada la Ley, prevaricarían también, si no siguen la teleología de esta. Si a ello se añade el conjunto de descalificaciones y acusaciones explícitas a los jueces en sede parlamentaria, con nombres y apellidos, o la amenaza de comisiones parlamentarias de investigación para valorar la actuación de jueces y tribunales o exigir «responsabilidades» en el ejercicio de sus funciones, parece clara la existencia de ese contexto jurídico-fáctico que refiere el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que indefectiblemente conculca el principio de separación de poderes, o incluso podríamos ir en la apreciación un poco más allá, y deducir que se quiere condicionar su actuación, como puede deducirse del contenido del art. 9.3. de la Ley de Amnistía, si bien el art. 10 les obliga a un trámite de carácter «preferente y urgente» y a realizarlo en un «plazo máximo de dos meses».

5. CUESTIONES DE TRÁMITE

Se hace relación a continuación de un conjunto de cuestiones de tramitación que pueden proyectar, en gran medida, la urgencia en la tramitación, lo atropellado del proceso, la falta de consenso y acuerdo mayoritario, el ocultismo, y que quizás también expliquen su mala calidad técnica.

1. La negociación de la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía se lleva en absoluto secreto por el Gobierno (a cuya cabeza está el Ministro de Justicia y

⁴² Ibidem, pág. 47. El subrayado es nuestro.

representantes de Junts per Catalunya). Recuérdese que es una proposición del Grupo Parlamentario Socialista, no es un proyecto de ley, para eludir los informes preceptivos del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial.

2. Se sustituyó al Letrado Mayor de forma previa y poco ortodoxa, al inicio de la negociación política y de la tramitación parlamentaria.
3. El Informe de los Letrados de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados tiene fecha de 10 de enero. A pesar de que el documento estaba preparado desde hacía una semana, no fue hasta el día 16 del mismo mes, cuando lo conocieron los grupos parlamentarios, poco después de que se cerrara el periodo de enmiendas a la proposición de Ley de Amnistía.
4. No se conoce el texto modificado para su aprobación por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados por los integrantes de la misma hasta la celebración de su sesión (7 de marzo de 2024)
5. No se tuvo en consideración la cuestión que al tratarse de una Ley Orgánica, y no obtener la mayoría requerida en su votación en el Pleno del Congreso de los Diputados (fecha 14 de marzo de 2024) la iniciativa de proposición debería haber decaído, y haberse reiniciado el procedimiento legislativo. Al contrario, la Presidencia de la Cámara otorgó una prórroga para su acuerdo político, y se estableció una nueva aprobación por la Comisión de Justicia, y una nueva votación en el Pleno del Congreso de los Diputados.
6. Tras la prórroga, la reunión de la Comisión de Justicia del día 7 de marzo se amplió el texto de la proposición de ley, y se incluyeron nuevos contenidos, pero no producto del debate parlamentario y sí de la negociación entre el Gobierno y Junts per Catalunya.
7. Aprobado el texto de la proposición en la Comisión de Justicia el día 7 de marzo, hubiera sido lógico incluirlo en el orden del día del primer Pleno del Congreso siguiente (14 de marzo) pero hasta el mismo día 14, a primera hora de la mañana, no se fijó en el orden del día el debate en el Pleno, y se hizo mediante un pleno extraordinario a continuación del ordinario. No hubo por tanto un debate plenario tan trascendental.
8. El Senado aprobó su veto a la Ley en el pleno del día 14 de mayo, con 149 votos a favor y 113 en contra, después de haber solicitado diversos informes jurídicos y de haber planteado ante el Tribunal Constitucional, un conflicto de atribuciones con el Congreso de los Diputados.
9. El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el texto definitivo de Ley Orgánica de Amnistía el día 30 de mayo de mayo de 2024, con 177 votos a favor y 172 en contra. Se pospuso su publicación a la celebración de las elecciones al Parlamento Europeo, y fue publicada en el BOE del día 11 de junio de 2024.

Como manifestara Concepción Arenal «La justicia no puede sacrificarse a consideración ninguna, ni recortarse como oropel para adorno de los que no pueden

brillar sino empañándola. El derecho de gracia, si no es justo, no puede ser derecho, ni nadie ejercerle para lograr así mayor importancia, la cual, sobre no ser equitativa, es ilusoria, porque todo poder injusto concluye por volverse contra el que la ejerce, en daño de su poder legítimo»⁴³.

Title:

The unconstitutionality of the Amnesty Law 1/2024

Summary:

1. SOME PRELIMINARY QUESTIONS. 2. CONCEPT OF AMNESTY. 3. EXPLANATION OF REASONS. 3.1. The succinct as intrinsic value in the legal field. 3.2. Comparative law and regulatory background. 3.3. The supposed endorsement of the Constitutional Court. 3.4. European regulations. 3.5. Justification of the standard. 3.6. Singular laws, equality, and proportionality test. 3.7. Constitutionality of the law. 4. CAUSES OF UNCONSTITUTIONALITY. 4.1. Bankruptcy of the Rule of Law. 4.2. Breaks the principle of equality. 4.3. It violates the principle of interdicting the arbitrariness of public powers. 4.4. Fractures the principle of legal security. 4.5. Violates the principle of separation of powers 5. PROCEDURE ISSUES.

Resumen:

El trabajo se inicia con una delimitación jurídica del concepto de amnistía, y su panorámica jurídica en la actualidad. Se realiza un análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Amnistía atendiendo singularmente a la posible vulneración de los principios constitucionales

Abstract:

The work begins with a legal delimitation of the concept of amnesty, and its current legal overview. An analysis of the constitutionality of the Organic Law of Amnesty is carried out, paying particular attention to the possible violation of constitutional principles.

⁴³ Arenal, C., El derecho de gracia ante la injusticia. Biblioteca virtual Cervantes. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-derecho-de-gracia-ante-la-justicia--0/html/fe9fe8e-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_6_. Consultado 29 de mayo de 2024.

Palabras clave:

Amnistía; principios constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho.

Keywords:

Amnesty; constitutional principles of the Social and Democratic State of Law.