

**AMNISTÍA, CONSTITUCIÓN Y
ESTADO DE DERECHO: ESBOZO
DE UNA TEORÍA SOBRE SU
COMPATIBILIDAD**

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA

SUMARIO

1. Argumentos contrarios a la constitucionalidad de la amnistía. 1.1- Argumento de la separación de poderes. 1.2- Argumento del principio de igualdad. 1.3 - Argumento de la ausencia de habilitación especial. 1.4 - Argumento gradualista. 1.5 - Argumento originalista. 1.6 - Argumento del autoperdón proscrito. 1.7- Argumento de la ley singular. 2 - Argumentos favorables a la constitucionalidad de la amnistía. 2.1- Argumento democrático. 2.2 - Argumento de la retroactividad favorable. 2.3- Argumento del silencio. 2.4 - Argumento sistemático. 2.5 - Argumento histórico y comparado. 2.6 - Argumento jurisprudencial. 3- Esbozo de una teoría sobre la compatibilidad de las amnistías bajo un Estado de Derecho. 3.1 - Doctrina del Consejo de Europa y del TEDH. 3.2 - Doctrina de la Comisión de Venecia. 3.3- Doctrina del Tribunal Constitucional. 4. Conclusión.

AMNISTÍA, CONSTITUCIÓN Y ESTADO DE DERECHO: ESBOZO DE UNA TEORÍA SOBRE SU COMPATIBILIDAD

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA

Profesor asociado de Filosofía del Derecho
en la Universidad de Barcelona¹

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña (en adelante 'LOA') ha generado una gran controversia. A grandes rasgos, han surgido dos posturas: los que consideran que la institución misma de la amnistía carece de encaje constitucional —y por ende *esta* amnistía—, y los que consideran que las amnistías son perfectamente constitucionales —y por ende *esta* amnistía. El objetivo del artículo es defender una posición intermedia: que las amnistías consideradas en general pueden ser constitucionales pero que esta ley de amnistía, dadas sus características, origen y finalidad, es inconstitucional. Para ello procederemos del siguiente modo: en la primera sección, analizaremos y refutaremos los argumentos que han sido esgrimidos en favor de la constitucionalidad *general* de las amnistías en el ordenamiento español. En la segunda sección, analizaremos y refutaremos los argumentos ofrecidos en contra de la constitucionalidad *general* de las amnistías. Y, en la tercera sección, después de repasar la doctrina sobre esta materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Comisión de Venecia y, muy especialmente, del Tribunal Constitucional español, concluiremos que las amnistías no son *per se* contrarias a los valores y principios básicos del Estado de Derecho democrático, pero que solamente *algunas* amnistías los respetan. Ahondando en esta línea, esbozaremos una teoría de la constitucionalidad de las amnistías en el ordenamiento español en base a las ideas apuntadas por el Tribunal Constitucional cuando ha abordado esta materia en diversos pronunciamientos.

¹ Datos de contacto: fernandezcodina@ub.edu, UB. Facultad de Derecho. Diagonal, 684. 08034 Barcelona <https://orcid.org/0000-0003-1342-477X>

1. ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA

1.1. Argumento de la separación de poderes

Es muy común argumentar que la amnistía es inconstitucional por cuanto supone una vulneración del principio de separación de poderes, del principio de tutela judicial efectivo y/o de lo dispuesto en el Título VI². Sin embargo, tal argumento puede descartarse rápidamente dado que de ser válido tampoco debería ser constitucional el indulto particular y, en general, ninguna constitución análoga a la española debería permitir medidas de gracia³. Es decir, no puede negarse que la prerrogativa de gracia vulnera la separación de poderes, pero la Constitución acepta explícitamente esa posibilidad, al menos en algún caso. Luego, la cuestión realmente no es si la Constitución permite que en algún caso tenga lugar esa vulneración —pues es evidente que sí—, sino si lo permite en el caso de las amnistías en general y de esta amnistía en particular.

En este sentido, y para esquivar esta crítica, Viada ha destacado que mientras que el indulto individual:

“no afecta en esencia al ejercicio de la potestad de los jueces y los magistrados, la amnistía, en cambio, al suprimir el delito mismo cierra al proceso penal antes del enjuiciamiento de los hechos, e incide por ello de lleno en la función jurisdiccional de los jueces que la tienen atribuida con carácter exclusivo”⁴

Esta versión refinada del argumento de la separación de poderes tampoco es convincente pues es innegable que el indulto afecta a la esencia de la potestad de los jueces y magistrados tal y como lo afirma el art. 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado,

² Véase en tal sentido López Cabrera, Samuel (2023). “Reflexiones constitucionales ante una previsible Ley de amnistía”, *Diario la Ley*, 14-11-2023; Gimbernat Ordeig, Enrique (2024). “Indultos generales y amnistías”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.75-78; Tajadura Tejada, Javier. (2024). “Estado Constitucional y amnistía”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs. 95-100; Hernández Marín, Rafael. (2024). “El talón de Aquiles de la futura Ley de Amnistía”. *Hay Derecho*, 17-1-2024. Asimismo, véase la *Declaración institucional del Pleno del CGPJ de 2023*, y el *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña* de 2024 del CGPJ.

³ Así lo han destacado acertadamente, entre otros, García Rivas, Nicolas. Llarbés Fuster, Antoni, Mira Benavent, Javier, Portilla Contreras, Guillermo. Rebollo Vargas, Rafael. (2023). *Dictamen sobre una propuesta de Ley de Amnistía*. Disponible en: https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2023/10/Dictamen_Amnistia_Sumar_10oct2023-1.pdf

⁴ Viada Bardají, Salvador. (2024). “Amnistía a la carta”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.105-108, pág.106.

corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales”. Si en el Derecho Penal el cumplimiento de la pena no es esencial, nada lo sería. Los juicios penales no son “esencialmente declarativos” —por decirlo en términos civiles— y sólo “accidentalmente ejecutivos”. No cabe duda de que con el indulto “al menos” tiene lugar el juicio y la condena. Pero de ello no se sigue que solo esto sea parte esencial de la función jurisdiccional.

1.2. *Argumento del principio de igualdad*

Por la misma razón deben descartarse los argumentos que apelan al principio de igualdad y de legalidad de modo genérico⁵. Tal y como indica el informe del CGPJ la LOA conlleva que sólo un subgrupo de la población se vea beneficiado por esta ley “simplemente por la concurrencia en ellos de un determinado factor, elemento o circunstancia que les permita salir indemnes de consecuencias jurídicas perjudiciales”⁶. Pero si esto fuera un vicio invalidante *per se*, entonces la retroactividad favorable en materia sancionadora debería ser inaceptable. En cambio, ya es más acertado afirmar —como se hace justo a continuación que— una diferencia de trato no constituye una discriminación —y por tanto no vulnera el principio de igualdad— cuando podemos “hallar un fundamento de justicia que, racionalmente, justifique el trato excepcional que conlleva aquella normativa beneficiosa y privilegiada”⁷. La pregunta entonces es: ¿concorre esa circunstancia en *esta* amnistía?

1.3. *Argumento de la ausencia de habilitación especial*

Se ha sostenido que, dado que en España no rige un sistema de soberanía parlamentaria, el Legislador sólo puede promulgar leyes para las que tenga conferida capacidad de modo explícito por la Constitución⁸. Se trata de una propuesta atendible, quizás acertada, pero que, en todo caso, fue tempranamente negada de modo

⁵ Véase en tal sentido Aragón Reyes, Manuel. (2024). “La Constitución no permite la amnistía”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.65-68; Arbós Marín, Xavier. (2024). “Puigdemont i la Constitució”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.25-29; Betancor Rodríguez, Andrés. (2024). “A quién le importa” en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.29-36; Ruiz Robledo, Agustín. (2024). “La amnistía en la España Constitucional”. *Revista General de Derecho Constitucional*, 40, págs. 40-68.

⁶ Consejo General del Poder Judicial. (2024). *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña*, pág. 107.

⁷ Consejo General del Poder Judicial. (2024). *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña*, pág. 107.

⁸ Véase Martínez Sospedra, Manuel. (2024). “La amnistía ilegítima (o el problema de la ausencia de cláusula constitucional habilitante)” en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y

explícito en la STC 76/1983 al afirmar que las Cortes “pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello”.

Con todo, diversos autores han sostenido que no cabe una interpretación expansiva de las excepciones y que, por tanto, *cualquier* institución o facultad contraria a los principios nucleares del Estado de Derecho —i.e., las distintas manifestaciones del derecho de gracia, la monarquía, los derechos históricos etc.— sólo es admisible cuando esté *explícitamente* recogida. Luego, en la medida en que la amnistía es una institución contraria a los principios nucleares del Estado de Derecho y no se encuentra explícitamente recogida, entonces debe presumirse prohibida.

La réplica que esta reformulación amerita consiste en destacar que tal posibilidad sí que está reconocida explícitamente toda vez que el derecho de gracia —que incluye por igual indulto y amnistía— está recogido en el texto del art.62 CE. Y, en la medida en que del mismo solo se excluye el indulto general, entonces se entiende que la amnistía y el indulto particular quedan admitidos. O, dicho de otro modo: si el indulto particular es constitucional sin estar mencionado con nombres y apellidos en el art.62 CE, ¿por qué no va a estarlo la amnistía? ¿Por qué la mención general pero explícita al derecho de gracia del art.62 CE solamente debería alcanzar al indulto particular pero no a la amnistía?

1.4. Argumento gradualista

El argumento gradualista es el que más predicamento ha tenido a nivel académico y se expresa normalmente invocando el principio *a minori ad maius*, según el cual quien *no* puede o no está legitimado “a lo menos”, con más razón *tampoco* puede o está legitimado “a lo más”⁹. Con el mismo se busca negar lo dicho anteriormente, a saber: que quepa deducir la admisión implícita de la amnistía de la admisión explícita del derecho de gracia. Para ello se dice que la inferencia correcta es otra: si la Constitución limitó el indulto general —lo menos—, entonces se deduce que también se limitó la amnistía —lo más.

Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.225-230.

⁹ Véase Gimbernat Ordeig, Enrique (2024). “Indultos generales y amnistías”, *op.cit.* López Cabrera, Samuel (2023). “Reflexiones constitucionales ante una previsible Ley de amnistía”, *op.cit.* Ruiz Robledo, Agustín. (2024). “¿Respalda el Tribunal Constitucional la Amnistía?” en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.149-152; Peña Freire, Antonio Manuel. (2024). “Estado de Derecho y amnistía” en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs. 49-54. Zapatero Gómez, Virgilio. (2024). “La amnistía y el oso del profesor Recaséns”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.109-113.

Son dos las principales dificultades que enfrenta este razonamiento. Ambas vienen a afirmar lo mismo: el principio es válido, pero no es posible aplicarlo a este caso¹⁰. De una parte, no es posible aplicarlo al caso por razón del sujeto: como el indulto —general o especial— es una facultad que ejercita el poder ejecutivo —o, el judicial, en el caso del hoy inexistente indulto judicial—, mientras que la amnistía es una facultad que ejercita el poder legislativo, que el primero no pueda lo menos —el indulto general—, nada nos dice sobre lo que pueda hacer el segundo —la amnistía. Es decir, que el principio no aplica al caso porque no hay identidad de sujetos: que un sujeto —el ejecutivo— no pueda lo menos, no implica que otro sujeto —el legislativo— no pueda lo más.

Y, de otra parte, no es posible aplicarlo al caso por razón del objeto: entre el indulto y la amnistía no se establece una relación de continuidad dentro de la misma categoría, sino que son instituciones con finalidades distintas: mientras que el indulto es una medida de gracia que extingue total o parcialmente la *responsabilidad* penal ya declarada —sin extinguir también la responsabilidad civil o eliminar los antecedentes—, la amnistía extingue el *delito* mismo, es decir, como si nunca hubiera sucedido¹¹. También lo ha dicho de manera clara la STC 147/1986 de 25 de noviembre:

“Razonan algunos de los Magistrados proponentes que esto es así, pues si el Jefe del Estado necesariamente ha de ser quien acuerde «lo menos» —el indulto—, con mayor razón ha de suceder esto si se trata de acordar «lo más» —la amnistía—. Prescindiendo del hecho de que es erróneo razonar sobre el indulto y la amnistía como figuras cuya diferencia es meramente cuantitativa, pues se hallan entre sí en una relación de diferenciación cualitativa” (FJ.2)

Se equivoca, pues, el CGPJ cuando afirma que “a la postre, no constituye sino un indulto general más extremo y de efectos más intensos”¹². La amnistía no es *lo más*

¹⁰ Véase García Rivas, Nicolas. Llarbés Fuster, Antoni, Mira Benavent, Javier, Portilla Contreras, Guillermo. Rebollo Vargas, Rafael (2023), *op.cit.* Quintero Olivares, Gonzalo. (2023). “¿Se acerca la amnistía?” *El Confidencial*, 19-8-2023. Gil Gil, Alicia. (2024). “Una amnistía sin fundamento jurídico”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.181-186. Lascaraín Sánchez, Juan Antonio. (2024) “¿Amnistía? No una, sino tres preguntas” en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.187-194.

¹¹ Véase en tal sentido de Carreras Serra, Francesc. (2024). “La amnistía: cuestiones constitucionales”. Ponencia presentada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 20-2-2024. Madrid; Filiquete Lliso, Enrique Francisco. (2017). “Indulto y Poder Judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia?”, *Persona y Derecho*, 75, págs. 209-256; Torres Aguilar, Manuel. (2022). *Historia del indulto y la amnistía: de los borbones a Franco*, Madrid, Tecnos, págs. 248.

¹² Consejo General del Poder Judicial. (2024). *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña*, §53.

respecto al indulto individual o general, sino que es *otra* cosa. Son instituciones que persiguen fines distintos y que son ejercidas por poderes distintos¹³.

Pero entonces —cabría replicar— ¿qué sentido tiene que la Constitución prohibiera los indultos generales? Pueden indicarse dos posibles motivos: de una parte, el abuso que el franquismo hizo de los mismos. Y, de otra, que no sería conveniente otorgar al Ejecutivo la capacidad de alterar de manera tan intensa el normal funcionamiento de las instituciones. Si se debe dejar sin efecto una ley, que sea solo el Legislativo quien lo pueda hacer¹⁴.

1.5. *Argumento originalista*

De acuerdo con el CGPJ el argumento anterior se complementa por lo dicho durante los trabajos de elaboración de la Constitución. Es decir, que si atendemos a los trabajos preparatorios, comprobamos que la finalidad del constituyente *no* era permitir las amnistías¹⁵.

Sin embargo, y a diferencia de lo sucedido con constituciones previas, lo cierto es que apenas hubo debate sobre la cuestión de la gracia en las Cortes constituyentes. El testimonio que conservamos de aquellos días según las Actas es muy escueto¹⁶:

Minuta de la reunión de la ponencia constitucional de 29/9/1977: “Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de gracia, se acuerda aprobar el texto que figura como apartado e) del artículo 53 y sobre el cual se acuerda volver a considerar el tema referente a la amnistía en segunda lectura” (p.280)

Minuta de la reunión de la ponencia constitucional de 3/11/1977: “Se continúa el trabajo sobre algunos puntos relativos al Poder Judicial que habían quedado pendientes de estudio en la reunión anterior y especialmente por lo que se refiere al nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo de los Jurados y del régimen de amnistía [...] Por lo que se refiere a la materia de la amnistía, se acuerda no constitucionalizar este tema” (p.309-310)

Aun así, para muchos autores esto es suficiente para deducir que la voluntad del constituyente era no dar amparo a las amnistías¹⁷. Siendo esta una interpretación en-

¹³ Véase en tal sentido Requejo Pagés, Juan Luis. (2001). “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *Historia Constitucional*, 2, págs. 81-106.

¹⁴ Véase en tal sentido Mir Puig, Santiago. (2008). *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, págs.788; Gil Gil, Alicia. (2024). “Una amnistía sin fundamento jurídico”, *op.cit.*

¹⁵ Consejo General del Poder Judicial. (2024). *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña*, §54.

¹⁶ Citamos la versión disponible en <https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>

¹⁷ Véase en tal sentido Fernandes Romero, Ibor. (2023). “No se reguló la amnistía en la CE adrede”, *La Razón*, 13-9-2023; Zapatero Gómez, Virgilio. (2024). “La amnistía y el oso del profesor Recaséns”, *op.cit.*; Martínez Sospedra, Manuel. (2024). “La amnistía ilegítima (o el problema de la ausencia de cláusula constitucional habilitante)”, *op.cit.*

teramente razonable, fingir que es la única carece de sentido. Y es que, si esa era realmente la intención del constituyente, ¿por qué no lo dijo claramente? Por supuesto, no hace falta que todo se diga claramente, pero entonces hay que poder ofrecer alguna explicación que dé cuenta de ese vacío, en especial cuando en tres ocasiones el texto constitucional recoge el genérico “derecho/prerrogativa de gracia”. Por ejemplo, que esa prohibición se sobreentendía en ese contexto particular, o que se quería ocultar de la población por razones que ahora se nos escapan, o que existían presiones militares, etc. Lo que sea, pero algo. Sin este añadido, el argumento originalista se queda en el campo de las hipótesis que, por cierto, puede ser igualmente usado en sentido inverso para defender la constitucionalidad de las amnistías. Al fin y al cabo, prohibir constitucionalmente algo, también es una forma de constitucionalizarlo. En efecto, los términos “no constitucionalizar este tema” pueden entenderse por igual como diciendo “no *amparando* constitucionalmente este tema” y “no *permitiendo* constitucionalmente este tema”¹⁸.

A nuestro juicio es muy extraño que, si lo único que se quería permitir fuera el indulto particular, entonces *nunca* se usara este término y sistemáticamente se optara por hablar de “derecho/prerrogativa de gracia”. Es más plausible suponer que al usar esa fórmula más general se estaba actuando de modo deliberado, es decir, incluyendo la posibilidad de realizar una nueva amnistía.

No solo eso, lo cierto es que el interés en “no constitucionalizar este tema” puede ser interpretado fácilmente en el siguiente sentido: en aquel tiempo se estaban aprobado toda una serie de medidas de gracia y no se quería que, en virtud del principio *lex posterior derogat priori* —que luego se recogería explícitamente en la Disposición derogatoria— la entrada en vigor de la futura Constitución pudiera emplearse para cuestionarlas, cuando su vigencia era precisamente condición de posibilidad de la propia Constitución. Es más, en aquel entonces se estaba viviendo en carne propia lo útil y necesario que la amnistía podía ser en determinadas circunstancias excepcionales. ¿Hubiera sido lógico pensar “pero seguro que ya no volvemos a meter la pata y en adelante ya no tendremos que recurrir a este método”? ¿Es que acaso una democracia, por muy plena que sea, no puede también acabar necesitando una amnistía? Como muy bien pregunta Lascuraín “¿acaso hubiera sido inconstitucional aprobar en 1979 una nueva ley de amnistía si hipotéticamente la de 1977 hubiera sido, como lo fue la de 1976, excesivamente timorata para la concordia pretendida por el nuevo Estado?”¹⁹.

¹⁸ Así lo han sugerido también Gil Gil, Alicia. (2024). “Una amnistía sin fundamento jurídico”, *op.cit.*; López Rubio, Daneil, (2023). “La amnistía en las Cortes constituyentes. ¿La prohibieron los padres de la Constitución?”, *El diario*, 14-11-2023.

¹⁹ Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. (2024) “¿Amnistía? No una, sino tres preguntas”, *op.cit.* pág.188.

1.6. Argumento del autoperdón proscrito

Dado que el art.102.3 CE indica que la prerrogativa de gracia no será aplicable a los delitos cometidos por el Presidente y los miembros del Gobierno, se ha argumentado que, en coherencia, tampoco debería permitirse la prerrogativa de gracia a aquellos otros parlamentarios de los que dependa el Presidente y los miembros del Gobierno. Es decir, que si no se permite el auto indulto *directo*, tampoco debería permitirse el auto indulto *indirecto*.

Entendemos que son posibles dos réplicas. De una parte, que no cabe hacer interpretaciones extensivas de restricciones o excepciones: si en el art.102.3 CE solamente se prohibió ese supuesto, es que esa era la voluntad del constituyente. Y de otra, que este argumento abonaría la tesis aquí defendida por cuanto solo conllevaría que *esta* particular amnistía es inconstitucional, no así la amnistía en general o como institución.

1.7. Argumento de la ley singular

Este último argumento afirma que la LOA no es constitucional porque no cumple las exigencias que el TC ha venido marcando para las leyes singulares²⁰. No procede entrar al fondo de esta cuestión ya que, de ser cierto, solo mostraría la inconstitucionalidad de *esta* ley de amnistía. Precisamente el argumento que desarrollaremos más adelante es que *esta* amnistía *no* es constitucional porque no cumple las exigencias que el TC ha venido marcando para las leyes de amnistía.

2. ARGUMENTOS FAVORABLES A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA

2.1. Argumento democrático

Como reverso del argumento de la ausencia de habilitación expresa, algunos autores han sugerido que el legislador es libre para aprobar las leyes que estime convenientes sin más límites que los fijados constitucionalmente²¹.

El problema con un planteamiento así reside en que, justamente, se debate sobre si una ley de amnistía y/o *esta* ley de amnistía respetan esos límites.

Esta apreciación, por cierto, también sirve para descartar los argumentos basados en señalar la mención de la amnistía en la LECrim o en el RD 796/2005 de 1

²⁰ Así lo ha indicado Betancor Rodríguez, Andrés. (2024). “A quién le importa”, *op.cit.*

²¹ Véase en tal sentido Pérez Royo, Javier. (2023). “Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía”. *El diario*, 2-8-2023.

de julio, entre otras normas²²; si la amnistía es inconstitucional, en nada importa que el legislador haya dicho lo contrario en ocasiones anteriores. En consecuencia, sostener esta posición no aclara nada sobre la constitucionalidad de la institución o de la LOA.

2.2. *Argumento de la retroactividad favorable*

Se trata de un viejo argumento expuesto por Linde y recuperado recientemente²³. La idea central es que las amnistías son como leyes retroactivas favorables y que tal posibilidad está constitucionalmente permitida en el art.9.3 CE.

No podemos compartir esta argumentación pues del hecho que las amnistías no contravengan el art.9.3 CE no se sigue que no violen *ningún* otro precepto —siendo eso lo que necesita cualquier norma para ser constitucional.

No obstante, y más importante todavía: las amnistías tienen ese efecto de retroactividad favorable que se destaca, pero de un modo claramente distinto. De lo contrario, esta institución carecería de sentido y sería una mera redundancia. Luego que ese efecto sea en abstracto constitucionalmente aceptable no conlleva que el resto de los efectos propios y característicos de las medidas de gracia también lo sean. En efecto, ¿por qué amnistiar —con lo problemático y polémico que resulta— cuando supuestamente existe otro cauce perfectamente pacífico para vehicular ese fin, tal y como ya se hizo, por ejemplo, con la derogación del delito de sedición mediante la Ley Orgánica 14/2022? Pues porque cuando se lleva a cabo una amnistía no se dejan sin efecto todas las condenas por determinado delito —efecto en el pasado—, ni se despenaliza determinada acción —efecto en el futuro. Y de ahí que los potenciales amnistiados lo son por delitos que hoy podrían volver a cometer si llevaran a cabo exactamente los mismos actos. Por eso es una medida de gracia: por lo que tiene de excepción a las reglas ordinarias —entre las que se incluye el principio de retroactividad favorable.²⁴

2.3. *Argumento del silencio*

Se ha afirmado que, dado que la Constitución no la prohíbe, entonces debe entenderse que tácitamente la acepta²⁵.

²² Tal y como propone Ridao Martín, Joan. (2023). “Razones para una amnistía”. *El diario*, 30-8-2023.

²³ Véase Linde Paniagua, Enrique. (1979). Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978. *Revista de Derecho Político*, 2, págs. 55-69.

²⁴ Así lo ha destacado Gimbernat Ordeig, Enrique (2019). “La imposibilidad de la amnistia”. *El Mundo*, 9-10-2019.

²⁵ Así se desprende de lo dicho por Martín Pallín, José Antonio. (2021). “La amnistía es compatible con la Constitución”. *Ctxt*, 8-2-2021; Pérez Royo, Javier. (2023). “Sobre la constitucionalidad de la ley

Este argumento así expuesto sin mayor refinamiento es claramente rechazable: el hecho de que una norma no se pronuncie explícitamente sobre determinada cuestión es algo a tener en cuenta en la interpretación de la misma. Ahora bien, de ninguna manera el modo de tenerlo en cuenta es asumir que, necesariamente, está permitiendo aquello sobre lo que no se pronuncia. Por ejemplo, la Constitución no prohíbe que la capital del Estado sea, además de la villa de Madrid, el punto más hondo de las Fosas de las Marianas. Y, sin embargo, no querríamos decir que esa es una posibilidad constitucionalmente permitida.

Por supuesto, su reverso también es igualmente rechazable: del hecho que no esté explícitamente permitida no se sigue que esté prohibida. ¿Cuántas cosas no están explícitamente permitidas constitucionalmente y, aun así, son plenamente constitucionales? Es más, tal y como ha destacado la Comisión de Venecia en países como Bélgica, Canadá o Alemania tampoco está explícitamente permitida y, sin embargo, se ha considerado constitucional²⁶.

2.4. *Argumento sistemático*

Como decimos, el silencio constitucional sobre este punto no es del todo irrelevante y sobre el mismo cabe desarrollar un argumento más sofisticado, a saber: que la amnistía sí que está implícitamente recogida por cuanto está explícitamente recogido el derecho de gracia del que la amnistía es unas de sus facetas.

La inclusión de la amnistía como parte del derecho de gracia ha sido la posición doctrinal tradicional y la hoy más extendida entre la doctrina especializada²⁷. También en TC ha indicado que la amnistía es:

“un instituto fundado en la clementia principis y un ejercicio del derecho de gracia, que comporta una extinción de la pena, o para algunos, del delito [...] La amnistía responde así —en el caso de las disposiciones que hemos citado— a una razón de justicia, como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un derecho anterior” (STC 63/1983, FJ.2)

Por tanto, cuando en el art.62.i CE —así como en el 86.3 CE y 102.3 CE— se recoge el derecho/prerrogativa de gracia, se recoge por igual indulto y amnistía, exceptuándose si acaso solo *una* de sus manifestaciones: el indulto general. En efecto, sería muy extraño que, si el derecho de gracia sólo incluyera el indulto, entonces el art. 62.i CE estuviera redactado tal y como lo está. Bajo esta hipótesis, lo normal

de amnistía”, *op. cit.*

²⁶ Véase el párrafo 9 del informe *Opinion on the rule of law requirements of amnesties, with particular reference to the parliamentary bill of Spain “on the organic law on amnesty for the institutional, political and social normalisation of Catalonia”*. CDL-AD(2024)003-e.

²⁷ Véase por todos Filiquete Lliso, Enrique Francisco. (2017). “Indulto y Poder Judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia?”, *op.cit.* Torres Aguilar, Manuel. (2022). *op.cit.*

hubiera sido decir: “se recoge la posibilidad del indulto particular, y se prohíbe el indulto general”. O, aún más sencillo, cualquier fórmula del tipo: “La única medida de gracia permitida será el indulto particular”.

Este argumento suele complementarse haciendo mención al art.87.3 CE. La conclusión que se extrae es que, si es necesario aclarar explícitamente en este precepto que la iniciativa popular *no* puede versar sobre asuntos propios del legislador orgánico, y que entre los mismos parece incluirse la prerrogativa de gracia, entonces será que entre los asuntos propios del legislador orgánico está, también, la prerrogativa de gracia. Y, dado que el indulto está claro que es potestad del ejecutivo, entonces se sigue que el legislador orgánico puede amnistiar. Además, y de nuevo, si el derecho de gracia únicamente incluyera el indulto particular, nada explicaría que en el art.87.3 CE se hablara de la “prerrogativa de gracia” en vez de “indulto particular”.

2.5. *Argumento histórico y comparado*

Esta conclusión se refuerza con argumentos de tipo histórico y de Derecho comparado. Y es que, tal y como ha sido acertadamente destacado por aquellos favorables a la constitucionalidad de la amnistía, el indulto y la amnistía aparecen de la mano en las constituciones de 1869 y de 1931, en las constituciones de diversos países de nuestro entorno y en el art. 666.4 LECrim previo a la Constitución. Es más, como ya avanzábamos, la historia reciente nos permite entender mejor qué podría explicar la prohibición del indulto general en la Constitución: de las diversas medidas de gracia había sido la más criticada tradicionalmente, ya se había prohibido en la Constitución de 1931 y fue la medida de gracia de la que más se abusó durante el franquismo.

Asimismo, y dado que ha sido común reflexionar sobre el encaje de la LOA con el Derecho comunitario²⁸, es importante destacar —como ya hace la Exposición de Motivos de la LOA— que el artículo 3.1 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 contempla la amnistía como un supuesto en el que la ejecución de una orden de detención europea no sería obligatoria. Lógicamente, ello parece implicar que la amnistía no puede ser esencialmente contraria al Derecho comunitario y a los valores centrales del Estado de Derecho. Así lo sugieren también las STJUE de 29 de abril de 2021 asunto C-665/20 PPU y STJUE de 16 de diciembre de 2021 asunto C-203/20, en las que se abordan vagamente dos temas relacionados con la amnistía y no se dice nada que sugiera que sean esencialmente contrarias al Derecho comunitario. Al contrario, se las trata con suma naturalidad. Naturalmente, nada de ello prejuzga que *determinada* amnistía sí pudiera ser contraria al Derecho comunitario y a los valores centrales del Estado de Derecho.

²⁸ Véase de la Nuez Sánchez-Cascado, Elisa. (2023). “La amnistía en el marco de la Unión Europea”, *Hay Derecho*, 22-10-2023; Tajadura Tejada, Javier. (2023). “Unión Europea y amnistía”, *ABC*, 1-2-2024.

2.6. *Argumento jurisprudencial*

Finalmente, la jurisprudencia del TC sobre las leyes de amnistía de la Transición avala con claridad la constitucionalidad genérica de la amnistía como institución: dado el apartado 3º de la Disposición derogatoria de la Constitución según la cual “quedan derogadas cuantas disposiciones se opondan a lo establecido en esta Constitución”, estamos forzados a pensar que si las leyes de amnistía de la Transición han seguido desplegando efectos tras 1978 —como nadie duda—, entonces significa que una ley de amnistía puede ser constitucional.

Contra este argumento se ha replicado que el TC (i) nunca se ha pronunciado explícitamente sobre la constitucionalidad de las amnistías, (ii) que las sentencias donde tangencialmente aborda la cuestión se refieren a amnistías *previas* a la Constitución y que, en todo caso, (iii) el TC siempre ha matizado el efecto de la Disposición derogatoria diciendo que “la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no puedan ser interpretadas de conformidad con la Constitución” (STC 32/1981).

Pero ¿de qué modo esto es una réplica a lo que aquí se afirma? Si las leyes de amnistía de la Transición pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución y seguir desplegando efectos, entonces significa que las amnistías no son radicalmente contrarias a esa. De lo contrario, no podrían ser interpretadas de conformidad con la Constitución y seguir desplegando efectos.

En último lugar, debemos referirnos a la STC 73/2017, de 8 de junio sobre la amnistía fiscal del Real Decreto ley 12/2012 de 30 de marzo. Como han destacado diversos autores²⁹, el TC juzgó que esa norma era inconstitucional pero solamente por razones de orden formal: a saber, aprobarse por el Gobierno cuando ello correspondía al legislador. Es de suponer —continúa el argumento— que si existieran razones sustantivas para oponerse a la constitucionalidad de ese Real Decreto hubieran sido enunciadas. Como no fue así, se infiere que no existían y que, en consecuencia, las amnistías son posibles bajo la Constitución.

En respuesta, otros autores han puesto en duda que la “amnistía fiscal” constituyera una verdadera amnistía y, por ende, un precedente válido. Por ejemplo, Ruiz afirma que ese Real Decreto se mueve en el ámbito administrativo sancionador y no en el penal, que carece de los efectos propios de estas como es el olvido del delito y, finalmente, que fue creada por el Ejecutivo —cuando parece claro que una amnistía sólo puede llevarla a cabo, si acaso, el legislador orgánico³⁰. En la misma línea, Robledo destaca que “no son técnicamente amnistías porque ni afectaron a

²⁹ Véase García Rivas, Nicolas. Llarbés Fuster, Antoni, Mira Benavent, Javier, Portilla Contreras, Guillermo. Rebollo Vargas, Rafael (2023). *op.cit.*; Ridao Martín, Joan. (2023). “Razones para una amnistía”, *op.cit.*

³⁰ Ruiz Bursón, Francisco Javier. (2023). “¿Es constitucional una ley de amnistía? Estado actual de la cuestión: argumentos a favor y en contra”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario Publicaciones de las Cortes Valencianes*, 37, págs. 83-127, págs. 105-106.

las personas ya condenadas ni suponían un perdón incondicional [...] esos perdones fiscales no anularon ni una sola sentencia condenatoria”³¹. Ortega también se refiere a la amnistía fiscal para decir que:

“Tampoco perdonaba del todo a quienes hubieran escondido ingresos o patrimonio. Sólo les rebajaba la deuda a ciertos contribuyentes defraudadores si ellos mismos reconocían su infracción y terminaban declarando los hechos imponible ocultos hasta el momento. Venían a ser un incentivo para el cumplimiento siquiera tardío y percudido de las obligaciones tributarias. Fue una medida de realismo recaudatorio, más que otra cosa”³²

Siendo todas estas apreciaciones relevantes, el argumento que defendemos sigue en pie: sea lo que fuera, el Real Decreto ley 12/2012 dejaba de aplicar una ley sancionadora a una generalidad de personas. Es decir, permitía que muchos defraudadores se librasen de un castigo que no estaba derogado. Si los argumentos en contra de la amnistía fueran correctos, entonces *esa* inaplicación que conllevó el Real Decreto ley 12/2012 debería haber sido considerado materialmente inconstitucional —con independencia de si podía ser considerada una verdadera amnistía—³³.

3. ESBOZO DE UNA TEORÍA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS AMNISTÍAS

Visto todo lo anterior, la conclusión a la que llegamos es que, si bien puede discutirse razonablemente al respecto, es más convincente pensar que la Constitución ampara las amnistías. Ahora bien, ello no implica que la LOA u otras leyes de amnistía fueran necesariamente constitucionales. Sin embargo, para que una ley orgánica de amnistía promulgada siguiendo todas las formalidades exigibles pudiera ser inconstitucional sería necesario que existieran límites materiales *implícitos* al ejercicio del derecho de gracia. ¿Tenemos razones para pensar algo así? Como a continuación procuraremos mostrar, algunos pronunciamientos en el contexto del Consejo de Europa, la doctrina de la Comisión de Venecia y, ante todo, la jurisprudencia del propio TC español avalan con fuerza esta hipótesis.

³¹ Ruiz Robledo, Agustín. (2024a). “La amnistía en la España Constitucional”, *op.cit.*, pág.58.

³² Ortega Díaz-Ambrona, Juan Antonio. (2024). “La amnistía como penoso anacronismo”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.135-140, pág. 138.

³³ A nuestro juicio, el argumento adecuado en contra de la aceptación tácita de las amnistías en la STC 73/2017 es otro más sencillo, a saber: que, como se indica al inicio del FJ.1, la sentencia examina en qué medida esa norma vulnera los arts. 86.1 y 31.1 de la Constitución, mas no que vulnere esos y *solo* esos artículos. Quizás el TC debería haber aprovechado la ocasión para hacer una reflexión más general sobre las amnistías, pero deducir su aceptación de ese silencio es bastante forzado.

3.1. *Doctrina del Consejo de Europa y del TEDH*

En el ámbito del Consejo de Europa, los pronunciamientos de la Comisión y del TEDH se han centrado en la prohibición estatal de amnistiar a autoridades que hubieran violado los artículos 2 y 3 del Convenio, es decir, casos de tortura y asesinato. No obstante, en el caso Dujardin y otros contra Francia y en el caso Margus contra Croacia encontramos *obiter dicta* útiles para nuestro caso³⁴.

El caso Dujardin y otros contra Francia de 2 de septiembre de 1991 es especialmente interesante para nuestros propósitos porque analiza la amnistía promulgada por Francia en relación con el contencioso de Nueva Caledonia, su autodeterminación y los crímenes producidos durante los años previos a la celebración del referéndum que tuvo lugar. La Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la amnistía de los asesinatos contra diversos gendarmes *no* contravenía el derecho a la vida protegido en art.2 del Convenio siempre que esa amnistía no formara parte de una práctica general destinada a que los asesinos quedaran sistemáticamente impunes. Es decir, —interpretamos nosotros— que si esa norma de amnistía es solamente una excepción, entonces es aceptable³⁵.

En el asunto Margus contra Croacia de 27 de mayo de 2014 la Gran Sala debía examinar el caso de un antiguo oficial del ejército croata que cometió diversos asesinatos durante la guerra de independencia con Yugoslavia. Se trataba de un asunto bastante técnico sobre el principio de *non bis in idem*, pero la Corte aprovechó la ocasión para repasar su doctrina sobre la amnistía y la prohibición general de dejar impunes graves violaciones de derechos humanos por parte de las autoridades. De nuevo se indicó que “no todo vale”. En uno de los últimos párrafos leemos que:

“Incluso si se aceptara que las amnistías son posibles cuando existen algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación y una forma de compensación a las víctimas, la amnistía concedida al demandante en el presente caso sigue sin ser aceptable ya que no hay nada que indique que hayan concurrido tales circunstancias” (§131).

La clave está en la última frase: se desprende que para el TEDH no está claro que las amnistías en general sean aceptables; pero que, si lo fueran en circunstancias especiales, entonces sería necesario que concurriesen efectivamente esas circunstancias especiales. Es decir, que para que la amnistía sea aceptable no basta con que la ley en

³⁴ Véase al respecto Chinchón Álvarez, Javier. (2015). “Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Marguš contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, págs. 909-947.

³⁵ Antes de concluir y despachar la queja de Dujardin, la Comisión añadió un párrafo muy relevante sobre la necesidad de que las leyes de amnistía respeten un principio de proporcionalidad entre los intereses generales que con las mismas se buscan, y los intereses de los individuos que se verán perjudicados.

cuestión afirme que existen circunstancias especiales que la justifiquen. Es necesario que existan realmente. No solo eso: de este pronunciamiento se desprende también que la concurrencia de esas circunstancias no es un juicio puramente político ajeno a los tribunales; no, estos pueden entrar a valorar si tienen lugar realmente y, en caso de no ser así, invalidar la ley en cuestión.

3.2. *Doctrina de la Comisión de Venecia*

La Comisión de Venecia ha tenido la oportunidad de analizar la LOA en su opinión CDL-AD(2024)003-e. Como a continuación constataremos, sostiene una tesis muy similar a la que aquí defendemos: las amnistías no tienen por qué ser contrarias a los principios básicos del Estado de Derecho, pero siempre que cumplan con determinados requisitos tanto procesales como sustantivos.

Además de los límites derivados del Derecho internacional, en el párrafo 90 del informe la Comisión indica explícitamente que “the Rule of Law imposes certain substantive and procedural requirements on amnesty”. Y al respecto dirige algunas críticas relacionadas con la vaguedad de la LOA, su marco temporal y su pobre motivación. Sin embargo, estos serían elementos fácilmente subsanables. El punto central de la opinión se encuentra en el párrafo 80:

“Amnesties are exceptional measures [...] When an amnesty intends to achieve reconciliation after certain events, the determination of the acts to be covered by it should be based on a list of general criteria with a strict link of causality with such events. As amnesties are impersonal measures applying to all persons or certain classes of persons, the criteria should not be designed to cover specific individuals. Further, for the difference in treatment not to be arbitrary, amnesties should pursue a legitimate aim in the interests of the community; the more radical the amnesties are, the more legitimate the aim should be. National unity and social and political reconciliation are considered to be legitimate aims of amnesties. In the Commission’s opinion, proportionality requires that, in each given case, the proposed amnesty should be a suitable means to ultimately achieve a legitimate aim. Elected bodies dispose of a margin of appreciation in judging whether amnesty is an effective tool to use [...] It is the opinion of the Venice Commission that such decisions should be taken with an appropriately large qualified majority, which builds bridges across the national separation”

No parece que la LOA cumpla ninguno de estos requisitos: no busca la reconciliación³⁶, nada indica que vaya a servir para conseguirla, sí busca favorecer a unas

³⁶ Véase la explicación que ofreció el Presidente del Gobierno Pedro Sánchez en el Comité Federal del PSOE sobre la amnistía: <https://elpais.com/espana/2023-10-28/sanchez-defiende-la-amnistia-en-el-comite-federal-del-psoe-por-el-interes-de-espana-y-en-defensa-de-la-convivencia-entre-espanoles.html>. Como confirmación posterior de ello, véanse también las declaraciones del expresidente catalán Carles Puigdemont poco después de que la ley fuera aprobada donde afirma que la aprobación de la

personas en concreto³⁷ y carece de consenso generalizado. Por tanto, incluso si se aceptase que la “normalización institucional, política y social en Cataluña” es un objetivo suficientemente válido para llevar adelante una amnistía, la cuestión sería ¿acaso no se había conseguido ya con los indultos y otras medidas? Es decir, ¿cuál es ese gran cambio a mejor que introduce la LOA y que solo la LOA podía introducir? Podría argumentarse que con la misma se consigue que el independentismo catalán se comprometa a buscar sus objetivos dentro de los cauces legales, pero se ha confesado abiertamente en reiteradas ocasiones que esto no es así: “ho tornarem a fer”. La Exposición de Motivos de la LOA menciona muchas veces el término ‘convivencia’ pero ¿de qué modo tras su aprobación esta mejora? Tal y como han reiterado los líderes independentistas, la LOA no servirá para “pasar página”, “iniciar un nuevo capítulo”, ni “olvidar viejas enemistades”³⁸.

Nótese además que, según la Comisión, las asambleas legislativas nacionales tienen un *margen de apreciación*, mas no que tengan la última palabra al respecto. Luego nada impide que, en aplicación de estos criterios, un tribunal —nacional o internacional— acabe tumbando la ley en cuestión. Tan es así, que en el párrafo 98 la Comisión se hace eco de las críticas recibidas por la LOA en este sentido:

“As concerns the legitimate aim, the Commission is mindful of the criticism that the amnesty bill was part of a political deal for achieving the majority to support the government. The institutional, political and social normalisation of Catalonia is nonetheless a legitimate aim, and it does not belong to the Commission to assess the proportionality of the amnesty bill in relation to the proclaimed goals. The Spanish parliament, in deciding whether, with what content and by what majority to adopt the amnesty bill, will have to address the question of whether the normalisation of Catalonia may be achieved despite the fact that the amnesty bill has deepened the profound and virulent division in the political class, in the institutions, in the judiciary, in the academia and, above all, in the society of Spain”

Por tanto, aun y el modo prudente con el que la Comisión busca expresarse, y aun cuando diga que no le corresponde a ella valorar la proporcionalidad de la medida, lo cierto es que sutilmente confirma que la LOA ha agravado la división social en

amnistía era una de las condiciones de la investidura del Gobierno de Pedro Sánchez: <https://www.youtube.com/watch?v=U9aSfUvwwZc>

³⁷ En la opinión n°710/2012 la Comisión ya consideró que una amnistía adoptada en Georgia era contraria al Estado de Derecho precisamente por este motivo: por estar dirigida a unos individuos concretos, en vez de a una generalidad indeterminada: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2013\)009-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)009-e)

³⁸ Véase las declaraciones de la parlamentaria Miriam Nogueras en tal sentido; a su juicio no hay reconciliación, al contrario, la lucha centenaria entre la nación española (no plenamente democrática) y la nación catalana seguiría: <https://www.youtube.com/watch?v=r1ozLR9Lm28>

España —es decir, que es una norma que no alcanza sus objetivos— y que, por tanto, difícilmente puede considerarse una ley de amnistía tolerable³⁹.

3.3. *Doctrina del Tribunal Constitucional*

Como elemento final de nuestro análisis, a continuación procuraremos mostrar que de diversas sentencias del TC cabe extraer que una ley de amnistía *puede* ser constitucional, pero que *esta* ley de amnistía no es constitucional. Es decir, que de las sentencias del TC sobre este asunto se desprende que las leyes de amnistía que cumplan determinados requisitos sustantivos —y no meramente procedimentales— son aceptables.

Aunque ha pasado algo desapercibido en el debate doctrinal, en el Auto 32/1981 de 25 de marzo el TC parece que adoptó el argumento gradualista y, en su virtud, consideró proscritas *todas* las medidas generales de gracia:

“La aplicación de las medidas generales de gracia, definidas en cada caso por los términos de la concesión y prohibidas hoy por norma constitucional expresa (art. 62 i) de la Constitución, correspondía a los Tribunales ordinarios y no a este Tribunal, cuyo rasgo definitorio más característico es, precisamente, el de ser intérprete supremo de una Constitución que instaura un orden jurídico-político dentro del que carecen de sentido y resultan inadmisibles esas medidas generales de gracia. La falta de jurisdicción es, por tanto, manifiesta y puede fundamentar por sí sola la inadmisión del recurso” (FJ.2).

Sin embargo, en los años siguientes modificó totalmente su doctrina. En la STC 63/1983 de 20 de julio insinuó tal cambio diciendo que:

“La amnistía responde así —en el caso de las disposiciones que hemos citado— a una razón de justicia, como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un derecho anterior [...] No es menester en el caso que estudiamos el contemplar

³⁹ En este sentido, es importante mencionar que la posibilidad de fiscalizar la existencia de una mínima conexión entre medios y fines en el ejercicio del derecho de gracia es algo que ya se avanzó en la STS 20 de noviembre de 2013: “Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente [...] pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica. Lo que podemos comprobar es si la concreta decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente, pues, ha sido el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia, materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión” (FJ.8). Dicho esto, y como señala Carlón, con esta doctrina el TS se estaba apartando claramente y sin demasiada explicación de su posición tradicional, a saber: que el indulto es “un derecho de gracia no susceptible de control judicial más que en lo que a algunos aspectos se refiere” (por todas STS 3836/2004 FJ.1). Véase Carlón Ruiz, Matilde. (2021). “Los indultos -a juicio- ante la Sala Tercera del Supremo”. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 30, págs.124-144, pág.134.

desde una perspectiva general si el ejercicio del derecho de gracia ha de conciliarse con el principio de igualdad. Que esto ha de ser así en el caso de la amnistía que estudiamos, alumbrada por la idea de una negación de las consecuencias subsistentes de un derecho anterior cuya corrección se hizo indispensable, es algo que se asienta firmemente en el valor de la igualdad y en la sujeción de todos los poderes públicos —también del legislativo— a este valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1 de la C.E.)” (FJ.2).

Como podemos ver, en este fragmento se insinúa que una ley de amnistía debe responder a razones de justicia material —entendiendo por ello la reparación de la negación de un derecho previo. Así lo repetiría poco después en dos sentencias de 1986 empleando frases sumamente similares —en lo que aparenta ser una consolidación de esta doctrina:

“...la amnistía, sea como sea definida, está estrechamente vinculada a la existencia de una previa responsabilidad por actos ilícitos, ya sean administrativos, penales o de otra índole: sobre este presupuesto operará la amnistía extinguiendo la responsabilidad, según unos (el delito o la falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de justicia, las consecuencias de un derecho anterior, que se repudian al constituirse un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de ilicitud de aquellas actividades” (STC 76/1986, de 9 de junio; FJ.2)

“...la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa —en sentido amplio— que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve [...] En unos casos normalmente para relaciones en las que el Estado aparece involucrado como poder público, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina «derogación retroactiva de normas», haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado” (STC 147/1986 de 25; FJ.2)⁴⁰

⁴⁰ En relación con la STC 147/1986, Redondo sostiene que conlleva la inconstitucionalidad de una *nueva* amnistía, pero ya hemos visto que el TC solo se opone a las amnistías que no cumplan los requisitos (iii) y (iv). Redondo también entiende que en la STC 147/1986 se prohíbe implícitamente toda amnistía porque al final del FJ. 2 se afirma en un momento que sobre la amnistía “no hay restricción constitucional directa”, por lo que a sensu contrario se entiende que sí la hay indirecta. Sin embargo, la lectura completa del pasaje del que se extrae descontextualizada esa frase evidencia lo erróneo de tal lectura: “Prescindiendo del hecho de que es erróneo razonar sobre el indulto y la amnistía como figuras cuya diferencia es meramente cuantitativa, pues se hallan entre sí en una relación de diferenciación cualitativa, es lo cierto que la Ley 1/1984 ni siquiera supone en sí misma manifestación del ejercicio del derecho de gracia, por las razones ya dichas de que constituye una mera precisión en el régimen jurídico de aquél, y, entonces, el problema está en determinar si el legislador, que podía precisar ese régimen jurídico, pues no hay restricción constitucional directa sobre esta materia, no ha vulnerado con el contenido de la referida ley otras previsiones constitucionales”. Justamente lo que está diciendo el

La tesis principal de nuestro textos es que de esta jurisprudencia cabe extraer cinco conclusiones de gran importancia: (i) el derecho de gracia incluye por igual amnistía e indulto; (ii) amnistía e indulto son categorías distintas en vez de ser versiones más o menos intensas de la misma institución; (iii) su uso se circunscribe a *momentos excepcionales* de cambio de orden político⁴¹; (iv) su uso tiene *presupuestos materiales implícitos* consistentes, al menos, en la negación previa de un derecho⁴²; (v) su uso queda limitado por los valores superiores del ordenamiento, como cualquier otra actividad del ejecutivo o del legislativo.

Siguiendo a Urías, podemos distinguir dos tipos de amnistías⁴³: las de interés principalmente político, destinadas a *olvidar y pasar página* y de este modo pacificar la situación; y las de interés principalmente moral, destinadas a *enmendar* una injusticia previa. Por lo visto, puede decirse que el TC ha adoptado una visión restrictiva de las amnistías admitiendo únicamente estas segundas. Así las cosas, la pregunta es obvia: ¿cumple la LOA con estos presupuestos? O, dicho de otro modo, ¿existe hoy una normativa pasada que se rechaza? ¿Se busca la reconciliación y la paz? Como decíamos, entendemos que es manifiesto que no —por lo que no nos extenderemos al respecto. Pero de ello no se sigue que las amnistías consideradas en general no sean constitucionales —como muchos han afirmado— sino que *esta* LOA es inconstitucional, nada más.

Entiéndase bien: no sostenemos meramente que la LOA sea inconstitucional porque no supera el test de proporcionalidad que toda norma debe seguir o por violar el principio de interdicción de arbitrariedad⁴⁴. Tampoco sostenemos que, por su origen tan particular, el legislador esté incurriendo en una suerte de fraude de ley o

TC es que, como no hay restricción constitucional directa, entonces el Legislador puede intervenir. Lo opuesto a lo que afirma Redondo. Véase Redondo Herminia, Álvaro. (2024). “La amnistía en la doctrina de los Tribunales españoles”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.149-152.

⁴¹ Surge entonces la pregunta: ¿qué explica entonces STC 73/2017? ¿Acaso no debería haber sido declarada *materialmente* inconstitucional por estar motivada y perseguir fines meramente políticos o de interés general?

⁴² Asimismo, se plantea la pregunta: ¿de qué modo esta doctrina no conllevaría que parte esencial de las leyes de olvido de la Transición fueran inconstitucionales? Pues recordemos, el perdón y olvido que tuvo lugar entonces se extendió por igual sobre víctimas y victimarios -vid. art.2.f) de la Ley de Amnistía de 1977. ¿Habría aquí una vía para perseguir algunos de esos crímenes?

⁴³ Urías, J., (2023). “La constitucionalidad de la amnistía”, *Ctxt*, 16-8-2023.

⁴⁴ Así lo han propuesto autores como Díaz Revorio, Francisco. (2024). “Una valoración de la constitucionalidad de la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”, *Diario la Ley*, 10-1-2024; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. (2024) “¿Amnistía? No una, sino tres preguntas”, *op.cit.*; Martínez Zorrilla, David. (2024) “La injustificación de la amnistía en el examen de proporcionalidad constitucional” en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs. 345-350.

desviación de poder⁴⁵. Lo que afirmamos es que de las STC 76/1986 y STC 147/1986 ahora citas se desprenden unos parámetros de constitucionalidad mucho más concretos con los que analizar la LOA y cualquier ley de amnistía posterior —i.e., los puntos (iii), (iv) y (v) antes mencionados.

Aplicados al caso concreto, para que una ley de amnistía para la cuestión catalana pudiera ser constitucional sería necesario que el legislador indicara qué hizo mal el Estado español. Es decir, no basta con que la Exposición de Motivos indique que tras la STC 31/2010 de 28 de junio se sucedieron toda una serie de hechos que “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”. Es necesario, además, que la intervención del Estado fuera gravemente injusta desde un punto de vista material y/o contraria a los valores del Estado de Derecho⁴⁶. Es decir, es necesario que concurra el punto (iv) antes mencionado: *la negación previa de un derecho*. Sería necesario, por ejemplo, aceptar que existió *lawfare*, o que se privó al pueblo catalán de su legítimo derecho a la autodeterminación, o, más generalmente, que “España {no} se caracteriz[ó] por ser una democracia y un Estado de derecho, en el que el principio de legalidad, el principio democrático y el respeto a los derechos fundamentales se configuran como pilares esenciales” (Exposición de Motivos). Si, en cambio, todo se hizo bien, es decir, si el Estado español *no* cometió injusticia alguna ni privó de derecho alguno a los catalanes, ¿qué hay que olvidar o reparar? En suma, que no es posible la disculpa —la amnistía— si no existe error previo.

Reiteramos a modo de cierre: según la doctrina del TC una ley de amnistía será conforme a la constitución si cumple los cinco requisitos antes mencionados y que cabe extraer de las STC 76/1986 y STC 147/1986. En consecuencia, la amnistía en abstracto es conforme a la Constitución. Ahora bien, como la concreta amnistía que promulga la LOA no cumple esos requisitos, se sigue que la LOA es inconstitucional.

4. CONCLUSIÓN

Ya hemos intentado demostrar por qué la Constitución permite *la* amnistía, y por qué no permite *esta* amnistía. Concluiremos indicando someramente qué necesitaría

⁴⁵ Así lo han sugerido Esteve Pardo, José. (2024). “La deconstrucción de la ley por el contrato”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.37-42; Rodríguez Ramos, Luis. (2024). “Una autoamnistía monstruosa”, en Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, págs.363-368.

⁴⁶ Tal y como sí sostienen varios de los defensores de la constitucionalidad de la amnistía. Por todos véase Martín Pallín, José Antonio. (2021). “La amnistía es compatible con la Constitución”, *op.cit*; Urías Martínez, Joaquín, (2023). “La constitucionalidad de la amnistía”. *Ctxt*, 16-8-2023.

una futura Ley de Amnistía en torno al “procés” para ser constitucional —esto es, para colmar los requisitos (iii), (iv) y (v) mencionados: un cambio político y jurídico profundo del ordenamiento español que, o bien legalizara la secesión unilateral o — para evitar modificar/derogar la Constitución—, que de un modo u otro implicase que se rechaza por injusto o inadecuado el actual marco en que el que la secesión de una parte del territorio no puede tener lugar. Es decir, sería necesaria un cambio político-legal tal que pudiera hacer que la idea de fondo de la amnistía fuera la misma que inspiró la que tuvo lugar en 1977: como los delitos perdonados traen causa —directa o indirectamente— de un ordenamiento erróneo, entonces tras superar este, nos olvidamos también de aquellos excesos. Por ejemplo, como se malversaron fondos públicos para unos fines que deberían haber sido legales, entonces se olvida por completo esa supuesta malversación. Naturalmente, no nos hacemos demasiadas ilusiones a este respecto.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGÓN, M. (2024). La Constitución no permite la amnistía. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.65-68). A Coruña: Colex.
- ARBÓS, M. (2024). Puigdemont i la Constitució. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.25-24). A Coruña: Colex.
- BETANCOR, A. (2024). ¿A quién le importa? En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.29-36). A Coruña: Colex.
- DE CARRERAS, F. (2024). La amnistía: cuestiones constitucionales. Ponencia presentada en la *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 20-2-2024. Madrid. Disponible en: <https://racmyp.es/wp-content/uploads/2024/05/La-amnistia-Francesc-de-Carreras.pdf>
- CARLÓN, M. (2021) Los indultos -a juicio- ante la Sala Tercera del Supremo. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, 30:124-144. Disponible en: <https://doi.org/10.36151/td.2021.018>
- CHINCHÓN, J. (2015). Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Marguš contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52: 909-947. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.03>
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (2023). Declaración institucional del Pleno. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (2024). Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-la-proposicion-de-Ley-Organica-de-amnistia-para-la-normalizacion-institucional--politica-y-social-en-Cataluna>
- COMISIÓN DE VENECIA. (2024). Opinion on the rule of law requirements of amnesties, with particular reference to the parliamentary bill of Spain “on the organic law on amnesty for the institutional, political and social normalisation of Catalonia”. CDL-AD(2024)003-e. Disponible en: [https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2024\)003-e](https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2024)003-e)
- DELGADO, J. (2024). Una amnistía arbitraria. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.177-180). A Coruña: Colex.
- DÍAZ, F. (2024). Una valoración de la constitucionalidad de la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. *Diario la Ley*, 10-1-2024. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMLS2NLI7WY1KLizPw827DM9NS8klS13MSSktQiWz9HAGthFeAqAAAAWKE>
- ESTEVE, J. (2024). La deconstrucción de la ley por el contrato. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.37-42). A Coruña: Colex.
- FERNANDES, I. (2023). No se reguló la amnistía en la CE adrede. *La Razón*, 13-9-2023. Disponible en: https://www.larazon.es/opinion/regulo-amnistia-constitucion-espanola-adrede_202309136500e757d60bc60001c9644b.html
- FILIQUETE, E. (2017). Indulto y Poder Judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia? *Persona y Derecho*, 75-209-256. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/6540>
- GARCIA, N. et.al. (2023). Dictamen sobre una propuesta de Ley de Amnistía. Disponible en: https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2023/10/Dictamen_Amnistia_Sumar_10oct2023-1.pdf
- GIL, A. (2024) Una amnistía sin fundamento jurídico. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.181-186). A Coruña: Colex.
- GIMBERNAT, E. (2019). La imposibilidad de la amnistía. *El Mundo*, 9-10-2019. Disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2019/10/09/5d9cbca6fc6c8354228b4578.html>
- GIMBERNAT, E. (2024). Indultos generales y amnistías. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.75-78). A Coruña: Colex.

- HERNÁNDEZ, M. (2024). El talón de Aquiles de la futura Ley de Amnistía. *Hay Derecho*, 17-1-2024. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2024/01/17/el-talon-de-aquiles-de-la-futura-ley-de-amnistia/>
- LASCURAÍN, J. (2024) ¿Amnistía? No una, sino tres preguntas. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.187-194). A Coruña: Colex.
- LINDE, E. (1979). Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978. *Revista de Derecho Político*, 2:55-69. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPolitico-1978-1979-2-13150/PDF>
- LÓPEZ-RUBIO, D., (2023). La amnistía en las Cortes constituyentes. ¿La prohibieron los padres de la Constitución? *El diario*, 14-11-2023. Disponible en: https://www.eldiario.es/politica/amnistia-cortes-constituyentes-prohibieron-padres-constitucion-amnistia_129_10681259.html
- LÓPEZ-CABRERA, S. (2023). Reflexiones constitucionales ante una previsible Ley de amnistía. *Diario la Ley*, 14-11-2023. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2OQYvCQAYF_81cCIJRqJdcao-i4pa9pzOhDQwzdZLp2n-_UzUQ8kK-98gzU1p7eikIObYcQ7VWjiQmR4GkmvPg2UYxioPAvjZoNaPvooXDpn-mhHoftsDlSu0JtNCr6Bwk0Rqb4d8WFR9QS3WKCPmUy7Bx0fV3q0Jz2p-6NZKEkB4jdHCKpm4nG6lNYPL4TJTnccCS4siiU8e0UX5TZzKMYdyvz6Ym1WLVGdDhp_3bqwws0Olm3oK7vvEPy-7tUn6AAAAWKE
- LOZANO, J. (2023). Ley de Amnistía: el juez español y la UE. *Hay Derecho*, 17-11-2023. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2023/11/17/la-ley-de-amnistia-ante-la-ue/>
- MARTÍNEZ-ZORRILLA, D. (2024) La injustificación de la amnistía en el examen de proporcionalidad constitucional. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.345-350). A Coruña: Colex.
- MARTÍNEZ-SOSPEDRA, M. (2024). La amnistía ilegítima (o el problema de la ausencia de cláusula constitucional habilitante). En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.225-230). A Coruña: Colex.
- MIR, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor.
- DE LA NUEZ, E. (2023). La amnistía en el marco de la Unión Europea. *Hay Derecho*, 22-10-2023. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2023/10/22/la-amnistia-en-el-marco-de-la-union-europea/>
- ORTEGA, J. (2024). La amnistía como penoso anacronismo. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.135-140). A Coruña: Colex.
- PALLÍN, J. (2021). La amnistía es compatible con la Constitución. *Ctxt*, 8-2-2021. Disponible en: <https://ctxt.es/es/20210201/Firmas/34999/amnistia-presos-proces-constitucion-jose-antonio-martin-pallin.htm>

- PEÑA, A. (2024). Estado de Derecho y amnistía. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.49-54). A Coruña: Colex.
- QUINTERO, G. (2023). ¿Se acerca la amnistía? *El Confidencial*, 19-8-2023. Disponible en: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2023-08-19/amnistia-independentismo-puigdemont_3718849/
- REDONDO, A. (2024b). La amnistía en la doctrina de los Tribunales españoles. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.149-152). A Coruña: Colex.
- REQUEJO, J. (2001). Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español. *Historia Constitucional*, 2: 81-106. Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/amnistia-e-indulto-en-el-constitucionalismo-espanol/>
- RIDAO, J., (2023). Razones para una amnistía. *El diario*, 30-8-2023. Disponible en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/razones-amnistia_129_10475311.html
- ROBLEDOS, A. (2024a). La amnistía en la España Constitucional. *Revista general de derecho constitucional*, 40:40-68. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=428003
- ROBLEDOS, A. (2024b). ¿Respalda el Tribunal Constitucional la Amnistía? En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, (pp.153-162). A Coruña: Colex.
- RODRÍGUEZ, L. (2024). Una autoamnistía monstruosa. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.363-368). A Coruña: Colex.
- ROYO, J. (2023). Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía. *El diario*, 2-8-2023. Disponible en: https://www.eldiario.es/contracorriente/constitucionalidad-ley-amnistia_132_10425250.html
- RUÍZ, F. (2023). ¿Es constitucional una ley de amnistía? Estado actual de la cuestión: argumentos a favor y en contra. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario Publicaciones de las Cortes Valencianes*, 37: 83-127. Disponible en: https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/00_A37_II_02.pdf
- TAJADURA, J. (2023). *Unión Europea y amnistía*. ABC, 1-2-2024. Disponible en: <https://www.abc.es/opinion/javier-tajadura-union-europea-amnistia-20240201163639-nt.html>
- TAJADURA, J. (2024). Estado Constitucional y amnistía. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.95-100). A Coruña: Colex.
- TORRES, M. (2022). *Historia del indulto y la amnistía: de los borbones a Franco*. Madrid: Tecnos.
- URÍAS, J., (2023). La constitucionalidad de la amnistía. *Ctxt*, 16-8-2023. Disponible en: <https://ctxt.es/es/20230801/Firmas/43812/Joaquin-Urias-amnistia-constitucion-independentistas-indulto.htm>

- VIADA, S. (2024). Amnistía a la carta. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.105-108). A Coruña: Colex.
- ZAPATERO, V. (2024). La amnistía y el oso del profesor Recaséns. En Aragón, M., Gimbernat, E. y Ruiz, A. (dir.) *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp.109-113). A Coruña: Colex.

Title

Amnesty, Constitution and Rule of Law: outline of a theory on their compatibility.

Summary

1. Arguments against the constitutionality of the amnesty. 1.1- Argument of the separation of powers. 1.2- Argument from the principle of equality. 1.3 - Argument for the absence of special authorization. 1.4 - Gradualist argument. 1.5 - Originalist argument. 1.6 - Outlaw self-forgiveness argument. 1.7- Argument of the singular law. 2 - Arguments in favor of the constitutionality of the amnesty. 2.1- Democratic argument. 2.2 - Argument of favorable retroactivity. 2.3- Argument from silence. 2.4 - Systematic argument. 2.5 - Historical and comparative argument. 2.6 - Jurisprudential argument. 3- Outline of a theory on the compatibility of amnesties under the rule of law. 3.1 - Doctrine of the Council of Europe and the ECHR. 3.2 - Doctrine of the Venice Commission. 3.3- Doctrine of the Constitutional Court. 4. Conclusion

Resumen

La Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña ha generado una gran controversia. No obstante, tanto en la academia como en el debate público solo se defienden dos posiciones: los que consideran que la institución misma de la amnistía carece de encaje constitucional —y por ende esta amnistía—, y los que consideran que las amnistías son perfectamente constitucionales —y por ende esta amnistía. El objetivo de este texto es defender una posición intermedia: que las amnistías consideradas en general pueden ser constitucionales pero que esta ley de amnistía, dadas sus características, origen y finalidad, es inconstitucional. Para ello procederemos del siguiente modo: en la primera sección, analizaremos y refutaremos los argumentos que han sido esgrimidos en favor de la constitucionalidad general de las amnistías en el ordenamiento español. En la segunda sección, analizaremos y refutaremos los argumen-

tos ofrecido en contra de la constitucionalidad *general* de las amnistías. Y en la tercera sección, después de repasar la doctrina sobre esta materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Comisión de Venecia y, muy especialmente, del Tribunal Constitucional español, concluiremos que las amnistías no son *per se* contrarias a los valores y principios básicos del Estado de Derecho democrático, pero que solamente *algunas* amnistías los respetan. Ahondando en esta línea, esbozaremos una teoría de la constitucionalidad de las amnistías en el ordenamiento español —esto es, qué requisitos debe reunir una ley de amnistía para ser constitucionalmente lícita— en base a las ideas apuntas por el Tribunal Constitucional cuando ha abordado esta materia en diversos pronunciamientos sobre las amnistías llevadas a cabo durante la Transición a la democracia.

Abstract

The Organic Law of Amnesty for Institutional, Political and Social Normalization in Catalonia has generated great controversy. However, both in academia and in public debate, only two positions are defended: those who consider that the institution of the amnesty itself lacks constitutional fit — and therefore this amnesty —, and those who consider that amnesties are perfectly constitutional. —and therefore this amnesty. The objective of this text is to defend an intermediate position: that amnesties considered in general can be constitutional but that this amnesty law, given its characteristics, origin and purpose, is unconstitutional. To do this we will proceed as follows: in the first section, we will analyze and refute the arguments that have been put forward in favor of the general constitutionality of amnesties in the Spanish legal system. In the second section, we will analyze and refute the arguments offered against the general constitutionality of amnesties. And in the third section, after reviewing the doctrine on this matter of the European Court of Human Rights, the Venice Commission and, most especially, the Spanish Constitutional Court, we will conclude that amnesties are not *per se* contrary to the values and principles basics of the democratic rule of law, but that only some amnesties respect them. Going deeper into this line, we will outline a theory of the constitutionality of amnesties in the Spanish system — that is, what requirements an amnesty law must meet to be constitutionally legal — based on the ideas put forward by the Constitutional Court when it has addressed this matter. in various statements on the amnesties carried out during the Transition to democracy.

Palabras clave

Constitución; Estado de Derecho; Amnistía; Indulto.

Keywords

Constitution; Rule of law; Amnesty; Pardon.