

LA AMNISTÍA DEL PROCÉS Y SU CONTROVERTIDO ENCAJE EN LA CONSTITUCIÓN

The amnesty for the independence process in Catalonia
and its controversial integration within the Constitution

PABLO GUERRERO VÁZQUEZ

Universidad de Zaragoza

pgv@unizar.es

Cómo citar/Citation

Guerrero Vázquez, P. (2024).

La amnistía del procés y su controvertido encaje en la Constitución.

Revista Española de Derecho Constitucional, 131, 121-145.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.131.04>

Resumen

El encaje en el marco de la Constitución de la amnistía, como categoría jurídica, no es pacífico. Pese a ello, este trabajo la presume, al menos en un primer momento, para poder analizar aquellos aspectos más vidriosos de la concreta proposición de ley de amnistía aprobada por el Congreso de los Diputados en junio de 2024. Estas páginas analizan la naturaleza orgánica de la ley y la paradoja inherente a esta. Igualmente, abordan el carácter singular de la norma, más por especial que por concreta. Un interés particular merece el estudio de la razonabilidad de la ley y de su proporcionalidad: en los términos que debe entenderse y en los términos que la interpreta el legislador. Por último, se aborda la decisión del legislador de amnistiar delitos no estrictamente políticos, una cuestión que volverá a situar el debate en el punto de partida; a saber, en el encaje de la amnistía, como categoría jurídica, en el marco de la Constitución.

Palabras clave

Amnistía; democracia constitucional; principio de igualdad; exclusividad jurisdiccional; arbitrariedad del legislador; ley singular; delito político.

Abstract

The incorporation of amnesty into the framework of the Spanish Constitution as a legal category remains a controversial topic. This work, however, presumes this integration, at least initially, in order to explore the most contentious aspects—from a constitutional standpoint—of the specific amnesty law passed by the Spanish General Courts in 2024. These pages examine the organic nature of the law and the inherent paradox it presents. It also addresses the singular character of the norm, emphasising its uniqueness rather than its specificity. The study pays particular attention to evaluating the reasonableness and proportionality of the law: how it should be understood and how the legislator interprets it. Finally, the analysis focuses on the legislator's decision to grant amnesty for offenses that are not strictly political, a matter that once again brings the debate back to the starting point: the integration of amnesty as a legal category into the framework of the Spanish Constitution.

Keywords

Amnesty; constitutional democracy; principle of equality; jurisdictional exclusivity; legislator's arbitrariness; singular law; political offense

SUMARIO

I. METODOLOGÍA Y PLANTEAMIENTO. II. LA LEY DE AMNISTÍA COMO LEY ORGÁNICA. III. LA LEY DE AMNISTÍA COMO LEY SINGULAR. IV. LA LEY DE AMNISTÍA COMO LEY EXCEPCIONAL. V. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA LEY DE AMNISTÍA: 1. Consideraciones generales. 2. La razonabilidad de la ley y la interdicción de la arbitrariedad. 3. La proporcionalidad de la ley: de lo que el legislador pretende que sea a lo que realmente es. VI. UNA SEGUNDA DERIVADA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LOS DELITOS POLÍTICOS IMPROPIOS COMO DELITOS AMNISTIABLES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. METODOLOGÍA Y PLANTEAMIENTO

El derecho constitucional se gesta y actualiza en el vértice de la decisión política, siendo allí, precisamente, donde estallan con la máxima intensidad todos los problemas del derecho como ciencia; y su adecuada comprensión excede el marco estrictamente normativo del deber ser. El objeto iusconstitucional que nos ocupa en este trabajo no constituye una excepción, sino la sublimación de la máxima que se acaba de apuntar. Y, por ello, nuestro análisis parte de lo normativo, pero no elude, porque no puede, los condicionantes políticos que reviste la cuestión que tratar (Carmona Contreras, 2023). En cualquier caso, quiero resaltar que las afirmaciones realizadas, y las conclusiones alcanzadas, aunque tienen en cuenta lo político, no se ven condicionadas por la dialéctica partidista: serían las mismas si la norma analizada hubiese sido impulsada por otras formaciones del arco parlamentario. En un momento, y en una cuestión, en que la frontera entre el compromiso ideológico y la reflexión científica se desdibujan, o se sospecha que se desdibujan, no es baladí evidenciar lo que no debería ser objeto de discusión.

Teniendo ello en consideración, este trabajo analiza aquellas aristas más prominentes desde una perspectiva constitucional de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (LOAC, en adelante). El punto de partida para ello es la aceptación de que la amnistía como categoría jurídica cabe en la Constitución (Aguado Renedo, 2001; Cámara Villar, 2024; Linde Paniagua, 2024), pues solo aceptando la premisa mayor es posible entrar a estudiar los problemas concretos de constitucionalidad que plantea una específica ley de amnistía.

Ciertamente, la hipótesis de la que se parte no es una cuestión pacífica (Gimbernat, 2019; Aragón Reyes, 2024); hasta el punto de que, para redactar estas líneas, se ha debido suspender voluntariamente la convicción de que lo que encuentra un difícil encaje en la democracia constitucional es la categoría jurídica como tal: por tratarse de una esfera de inmunidad del poder político de aquellas a las que el Estado constitucional ha ido renunciando conforme se consolidaba (Ortega Díaz-Ambrona, 2024: 135-138). La amnistía tiene más de privilegio patológico que de prerrogativa que debe interpretarse de forma restrictiva¹; y allí donde fue prevista expresamente por el constituyente su regulación no hace sino evidenciar los problemas que plantea entender que esta misma queda incluida en la capacidad general del legislador² —que no puede limitarse solo de forma expresa, aun siendo concededores de que la relación entre Constitución y ley, y ley y reglamento, no se desarrolla en los mismos términos (STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1)—³. En cualquier caso, conviene advertir que ambos planos —el de la constitucionalidad de la categoría jurídica y el de la constitucionalidad de la concreta proposición de ley— no son sencillos de delimitar y, por ello, en las líneas que siguen, quedarán entrelazados en alguna ocasión.

En este apartado introductorio, asimismo, debe destacarse una anomalía del análisis realizado, que no parte del articulado de la ley, sino de su preámbulo. Un preámbulo insólito, más extenso que el propio articulado, en el que el legislador, desconfiando de la presunción de constitucionalidad que *a priori* avala toda ley, pone tal interés en defender su encaje constitucional que hace

¹ García Majado (2022) es quien ha teorizado, con mucho acierto, el tránsito de las inmunidades del poder —terminología que encaja mal en el Estado constitucional— a las patologías del sistema.

² Los ejemplos griego e italiano son clarificadores porque, en ellos, pese a pequeños matices que no son relevantes a los efectos de la cuestión que nos ocupa, la aprobación de amnistías se supedita a que sean respaldadas por idéntica mayoría a la requerida para reformar la constitución. En este sentido, véanse los arts. 47.3 y 110.2 de la Constitución griega, y los arts. 79 y 138 de la Constitución italiana. En la Constitución portuguesa (art. 161), la concesión de amnistías por parte de la Asamblea (letra f) queda desligada de forma meridiana de la capacidad para aprobar leyes sobre cualquier materia (letra c).

³ Recurriendo al método lógico de la reducción al absurdo cabe preguntarse, por ejemplo, si una ley que hiciese compatible desempeñar de forma simultánea la presidencia del Gobierno y la presidencia del Congreso de los Diputados sería constitucional por no existir prohibición expresa en la Constitución o, por el contrario, sería inconstitucional por violentar de forma intensísima el principio implícito de separación de poderes que define a toda democracia constitucional.

recelar de este. El preámbulo de la LOAC, lejos de robustecer la fuerza integradora de la ley, como correspondería (Tajadura, 1998), logra lo contrario: no llega a desvanecer los principales interrogantes de constitucionalidad que abre la norma y termina convertido en un índice de estos.

En lo que aquí sigue, se estudiará la consideración como «orgánica» de esta ley de amnistía, por «afectar» a derechos fundamentales, según el apartado VI del preámbulo (II) y la consideración de esta como ley singular, con base en el apartado V de dicho preámbulo (III). La consideración de la ley como singular obliga a abordar, de forma pormenorizada, el carácter excepcional de la norma (IV), así como su razonabilidad y proporcionalidad, a la que hacen referencia los apartados IV y V del preámbulo (V). Por último, se aborda la decisión del legislador de amnistiar delitos no estrictamente políticos, una cuestión que volverá a situar el debate en el punto de partida: a saber, en el encaje de la amnistía, como categoría jurídica, en el marco de la Constitución.

El trabajo no aborda las peripecias procedimentales con repercusión constitucional sufridas por la iniciativa en sede parlamentaria, entre las que destacan el cuestionable retorno a Comisión de una iniciativa de ley orgánica que es rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados con base en el art. 131.2 RCD, o la tramitación por urgencia de una proposición de ley singular, siendo conocedores de que en el proceso de elaboración de estas deben quedar especialmente reforzadas las garantías democráticas (Montilla Martos, 2015: 294; Comisión de Venecia, 2024: § 127). Solo cabe apuntar, en todo caso, que estas dos cuestiones de naturaleza formal, pese a no ser abordadas, no son en absoluto menores a la hora de analizar la LOAC desde una perspectiva constitucional.

II. LA LEY DE AMNISTÍA COMO LEY ORGÁNICA

La primera cuestión que analizar es, desde el punto de vista del sistema de fuentes, la naturaleza «orgánica» que define a la LOAC. Esta consideración, sin embargo, provoca algunos desajustes, motivados por el hecho de que una figura anómala, como la amnistía, hace chirriar la lógica del sistema cuando intentamos encajarla en este y razonamos con las categorías ordinarias. Si bien razonar con ellas resulta ineludible, pues ni existe una habilitación constitucional expresa que permita flexibilizar el marco conceptual de la normalidad ni existe, desde luego, el consenso político necesario que, no sin problemas, permitiría superarlo.

A favor de su naturaleza orgánica, y es un argumento sólido, se entiende que la ley de amnistía es una derogación singular del Código Penal —una

derogación retroactiva favorable— y, en consecuencia, su naturaleza solo puede ser la misma que tiene el propio Código Penal: orgánica⁴. Son varias, sin embargo, las cuestiones para matizar.

En primer lugar, debe evidenciarse que esta forma de razonar, si bien es admisible en lo que respecta a la amnistía de los ilícitos penales, no lo es en lo que atañe a las infracciones administrativas. En este sentido, Linde Paniagua (2024: 428) sostuvo ya en un trabajo de 1978 —recopilado recientemente— la posibilidad de que las CC. AA., por ley, que solo puede ser ordinaria, amnistíen infracciones administrativas. Por ello, conocedores de que «la reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de *rango*⁵» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21), solo cabe concluir que dicha naturaleza no se extiende a la decisión del legislador de amnistiar las infracciones administrativas, y también contables, en las que se haya incurrido en relación con el *procés*. Similar consideración cabe realizar en lo que atañe a la regulación de las cuestiones de carácter procedimental reguladas por la LOAC. Razones de técnica legislativa podrían haber aconsejado precisar explícitamente esta salvaguardia en las disposiciones finales.

Por otro lado, en segundo lugar, más allá de que la ley de amnistía comporte una regulación del ámbito penal, el legislador justifica la naturaleza orgánica de la ley en su «afección» a derechos fundamentales (último párrafo del apartado VI del preámbulo). Y el derecho fundamental «afectado» no puede ser otro que el art. 24 CE, atendiendo a la condición de ley singular que los proponentes consideraron que tenía la iniciativa, y sobre lo que se volverá, de forma más sosegada, con posterioridad (III).

Las leyes singulares aprobadas hasta la fecha no han tenido la consideración de orgánicas; y la única ley orgánica querida singular por los recurrentes, y rechazada como tal por el TC, ha sido la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, en la STC 48/2003, de 12 de marzo⁶. Ello es así,

⁴ En contra, la Secretaría General del Senado de España (2024: 46-48), que, con base en la interpretación restrictiva que debe realizarse del art. 81 CE, considera que la LOAC debería haberse tramitado como ley ordinaria.

⁵ La terminología empleada aquí por el TC es más que discutible, pues sabido es que no existe un «rango» distinto entre la ley ordinaria y la orgánica (Balaguer, 2022: 382).

⁶ La mayoría de leyes singulares sobre las que se ha pronunciado el TC son leyes autonómicas y, en consecuencia, ordinarias.

quizá, porque asumir que una ley singular es «orgánica» puede comportar, de forma oblicua, aceptar algunos problemas de constitucionalidad.

Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional ha entendido que las leyes singulares no pueden violentar de forma autónoma el art. 24 CE, sino que tal vulneración se produciría bien cuando estas normas incurren en una desigualdad arbitraria (art. 14 CE)⁷ o cuando se inmiscuyen de forma desproporcionada en la potestad que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE)⁸. Por el contrario, si la afectación de estos dos principios constitucionales es razonable y proporcionada, el art. 24 CE no se ve vulnerado y, por ello, nunca planteó dudas la naturaleza «ordinaria» de las leyes singulares conforme a la Constitución. En este sentido, el preámbulo de la norma analizada considera que el art. 117.3 CE no se ve violentado en ningún aspecto y, en lo que respecta al principio de igualdad, el propio legislador parte de que, si bien la ley puede incidir sobre este, dicha intromisión es tangencial y, desde luego, justificada. Pero precisamente por ello resulta paradójico que el mismo preámbulo considere no solo que la ley afecte al art. 24 CE, sino que lo hace, además, con una intensidad tal que exige dotarlo de naturaleza orgánica.

Hasta la fecha, nada avala la interpretación de que, en función de la intensidad del impacto en los arts. 14 y 117.3 CE —de su mayor o menor proporcionalidad—, la ley singular que incide en estos artículos puede ser ordinaria u orgánica. Y nada avala la interpretación de que una intromisión desproporcionada en los arts. 14 y 117.3 CE puede ser subsanada si es contemplada en una ley de naturaleza orgánica. De modo que, si la incidencia en los arts. 14 y 117.3 CE es proporcional, la naturaleza de orgánica solo se explica por ser la ley de amnistía una derogación singular del Código Penal, pero no por afectar a un derecho fundamental. Y no debería abarcar, en ningún caso, la decisión de amnistiar ilícitos de naturaleza no penal.

III. LA LEY DE AMNISTÍA COMO LEY SINGULAR

El preámbulo de la LOAC, en su apartado V, afirma con rotundidad que «solo cabe entender esta opción legislativa en el marco de las leyes singulares».

⁷ El caso *RUMASA*, STC 166/1986, de 2 de diciembre; pero también, posteriormente, la STC 203/2013, de 5 de diciembre —caso *Ciudad del Medio Ambiente*, en Castilla y León—, o la STC 122/2016, de 23 de junio —caso sobre revocación de concesiones náutico-deportivas en Baleares—.

⁸ *V. gr.*, STC 50/2015, de 5 de marzo, o STC 233/2015, de 5 de noviembre.

Sin embargo, el anhelo del legislador por ser incluido en una categoría resbaladiza, y poco depurada por parte del TC (Rodríguez Patrón, 2017), le ocasiona muchas complicaciones. La primera de ellas, ya analizada en el apartado anterior, atendiendo a su relación con la naturaleza orgánica de la norma.

Gracias al esfuerzo de sistematización realizado por Rodríguez Patrón, hoy sabemos que la ley singular puede serlo atendiendo al número de sujetos a los que se dirige (ley especial, no general), a su carácter autoaplicativo (ley concreta, no abstracta), o, en tercer lugar, la ley puede ser singular atendiendo a «la singularidad del supuesto de hecho que regula» (STC 203/2013, de 5 de diciembre); lo que deja al TC un amplio margen de apreciación que ha servido para incluir en este cajón de sastre, hasta ahora, leyes que regulan materias propias de la esfera administrativa con el propósito de eludir el control de la jurisdicción contencioso-administrativa (Rodríguez Patrón, 2017: 172-173).

Ante este escenario, tres posibilidades quedarían abiertas. En primer lugar, cabe entender que la iniciativa legislativa analizada no entra dentro de ninguna de las tres categorías antedichas, en la línea del informe firmado por los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados (2024) y del Senado de España (2024), que consideraron que la categoría de ley singular se veía «desbordada» respecto a esta iniciativa y apuntaron a la reforma constitucional como cauce para tramitarla. En segundo lugar, es posible entender que, si bien hasta la fecha la tercera categoría («la singularidad del supuesto de hecho que regula») ha sido empleada para dar cobijo a intromisiones del Poder Legislativo en el Poder Ejecutivo, esta podría dar cobijo, también, a intromisiones del Poder Legislativo en el Poder Judicial⁹. Si bien, ello comportaría asumir que la ley contempla el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del legislador; y los impulsores de la norma han negado de plano esta posibilidad, pues desde su perspectiva una ley de amnistía en nada afecta al art. 117.3 CE: el Poder Judicial está sometido al imperio de la ley, la ley de amnistía es una ley —orgánica, además—, y, en consecuencia, la amnistía no se entromete en las funciones jurisdiccionales¹⁰. Teniendo en cuenta este planteamiento —que, como se verá más adelante, cabe cuestionar— solo era posible considerar que la LOAC era

⁹ El Consejo General del Poder Judicial (2024a: § 143), consciente de que los problemas que se derivan de una intromisión del Poder Legislativo en el Judicial son de diferente naturaleza a las intromisiones de aquel en el Poder Ejecutivo, aboga en su caso por ajustar la jurisprudencia constitucional sobre estas leyes singulares a «las peculiares relaciones» entre el Parlamento y el Poder Judicial.

¹⁰ Reza el preámbulo de la norma, en su apartado V, que «la amnistía no afecta al principio de separación de poderes ni a la exclusividad de la jurisdicción previsto en el artículo 117 de la Constitución porque [...] el Poder Judicial está sometido al imperio

una ley singular por «especial y concreta». Y esto es justamente lo que hace el preámbulo de la norma.

Aunque el preámbulo considera la ley singular por «especial y concreta», la singularidad se explica más por su especialidad que por su concreción. Siguiendo la lógica de los propios impulsores de la norma, expuesta en el párrafo anterior, no estamos realmente ante una ley autoaplicativa, pues, como reconoce el propio preámbulo, corresponde a jueces y tribunales —así como al Tribunal de Cuentas o a las autoridades administrativas— la aplicación de la ley a cada caso concreto: quien aplica en última instancia lo querido por el legislador es el juez y, por ello, el legislador no desempeña la función jurisdiccional. De hecho, la consideración de ley de amnistía como autoaplicativa cerraría prácticamente todas las puertas que permitirían reconocer su constitucionalidad, atendiendo a la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre este particular (Montilla Martos, 2015). Por ello, asumiendo la posición de los impulsores de la LOAC, solo cabe concluir que, si la ley de amnistía es singular, lo es porque se dirige a un colectivo no solo determinable, sino perfectamente determinado; siendo una muestra inmejorable de ello las vicisitudes padecidas en su tramitación parlamentaria.

Dejando a un lado los esfuerzos realizados por el legislador para intentar que la medida de gracia beneficie al *expresident* Puigdemont i Casamajó, es reveladora de cuanto se apunta la aceptación de la enmienda n.º 25 (presentada por el grupo parlamentario Junts per Catalunya), que amplió el ámbito temporal de la norma del 1 de enero de 2012 al 1 de noviembre de 2011. El objetivo de la modificación no era otro que dar cobertura a una primera reunión preparatoria de lo que terminaría siendo el 9N de 2014 y en la que participaron tres hijos del *expresident* Pujol i Soley (Senado de España, 2024: 40). La cuestión reviste especial interés, además, porque la delimitación temporal original de la iniciativa legislativa —1 de enero de 2012— ya fue revisada en comparación con el ámbito temporal de la proposición de ley de amnistía presentada en 2021 —1 de enero de 2013—. Y razonablemente cabe intuir que la rebaja de 2013 a 2012 se explica porque uno o varios sujetos, identificables para quien conozca las vicisitudes jurídico-penales del *procés*, se habían quedado fuera de la primera versión de la norma.

Sin embargo, si la singularidad de la ley de amnistía la provoca su ámbito subjetivo, esta iniciativa empieza a acercarse a aquellas amnistías que la Comisión de Venecia ni había considerado (2013: §§ 18 y 43), ni considera (2024:

de la ley y es precisamente una ley con valor de orgánica la que, dentro de los parámetros antes expuestos, prevé los supuestos de exención de la responsabilidad».

§ 97)¹¹, conformes a los principios nucleares del Estado de derecho. En efecto, en ambos documentos se enfatiza el carácter impersonal que debe caracterizar a las amnistías, sin que tenga cabida el diseño de su ámbito objetivo-temporal con el único propósito de beneficiar a individuos concretos. Y no parece necesario abundar en la dificultad que entraña afirmar, simultáneamente, que la ley de amnistía es singular —por dirigirse a unos sujetos concretos— y que no es singular —y superar así el estándar fijado por la Comisión de Venecia para encajar la amnistía dentro del marco del Estado de derecho—.

La consideración de la ley de amnistía como ley singular subraya, además, el carácter excepcional de la norma, y obliga a justificar de forma pormenorizada la razonabilidad y proporcionalidad de esta. Dos cuestiones que, atendiendo a su relevancia, se tratan a continuación en apartado separado.

IV. LA LEY DE AMNISTÍA COMO LEY EXCEPCIONAL

La excepcionalidad es un rasgo distintivo de las leyes singulares conformes a la Constitución y, en coherencia con ello, el legislador apunta que la norma analizada se dicta para dar respuesta a una situación de esta naturaleza. En este mismo sentido se había pronunciado la Comisión de Venecia (2013: § 55), que consideró que las amnistías, para ser compatibles con el Estado de derecho, deben caracterizarse por su naturaleza única, temporal y especial. Sin embargo, la LOAC no define con precisión su ámbito temporal —como veremos en el próximo apartado— y normaliza la amnistía como categoría jurídica al reformar el Código Penal para incluirla como una causa ordinaria de extinción de la responsabilidad penal en el art. 130 CP (DF 2 LOAC).

Esta reforma del Código Penal, innecesaria desde el punto de vista de la efectividad de la LOAC —atendiendo, especialmente, a la naturaleza orgánica que esta reviste y a la regulación pormenorizada del *iter* procesal que seguir para hacerla efectiva—, puede explicarse por el propósito del legislador de evidenciar que la amnistía como categoría jurídica es admisible dentro de la Constitución. De hecho, en el propio preámbulo se trata de justificar la constitucionalidad de la amnistía aludiendo a que la figura ya está prevista en otras normas en vigor en el ordenamiento jurídico español¹². Este razonamiento

¹¹ En este sentido, especial preocupación provoca en la Comisión de Venecia la modificación del ámbito temporal de la norma, para rebajarlo de enero de 2012 a noviembre de 2011, en sintonía con lo apuntado en el cuerpo del texto.

¹² Entre ellas destacan el art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 —preconstitucional, y afectada en potencia por la disposición derogatoria de la

olvida que la constitucionalidad de la ley de amnistía no depende de que esta, como categoría, esté prevista en el CP como causa general de extinción de la responsabilidad penal, pues, como ha destacado T. R. Fernández (2023), es la ley la que debe analizarse a la luz de la Constitución, y no al revés. La conformidad con la Norma Fundamental de una concreta ley de amnistía no puede hacerse depender de que una norma de rango infraconstitucional, y sobre la que no existe pronunciamiento por parte del TC, prevea la amnistía como categoría jurídica dentro del ordenamiento jurídico.

En 1995, como recuerda Gimbernat (2024), el legislador penal eludió de forma deliberada la inclusión de la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad penal en el CP y, de este modo, rompió con la tradición que había caracterizado a la codificación penal hasta ese momento, atendiendo a la frecuencia con la que se recurría a esta¹³. El autor señala, convincentemente, que la única razón que justifica la exclusión por parte del legislador es su convencimiento sobre que la amnistía, como categoría jurídica, no tenía encaje en la Constitución. Evidentemente, si se parte de esta posición, la reforma del art. 130 CP propuesta por la LOAC es, sin duda, inconstitucional.

Sin embargo, aun aceptando el encaje en abstracto de la amnistía en la Constitución, su mención en el CP continúa proyectando muchas sombras si se parte de que la amnistía, de ser admisible, lo será únicamente en supuestos excepcionales. La modificación del art. 130 CP, en contra de este criterio, naturaliza la figura e invita al legislador futuro a recurrir a esta de manera poco meditada, en relación con hechos que pueden ser similares a los vividos en Cataluña esta última década, y que no es descabellado pensar en su repetición (*ho tornarem a fer*)¹⁴.

Constitución—, la Ley 46/1977, de Amnistía —elaborada por las Cortes constituyentes, y que se rige necesariamente por unos parámetros jurídicos y políticos diferentes— y la Ley 20/2022, de Memoria democrática —que, paradójicamente, deroga parcialmente la Ley de Amnistía de 1977, y supuso una decisión muy controvertida atendiendo precisamente a la especial posición que tiene esta norma en el ordenamiento español (De Miguel, 2022)—.

¹³ Salvador de Madariaga (1978) ironizó con que España era el país de las amnistías, atendiendo a las incontables veces que se recurrió a esta figura a lo largo del convulso siglo XIX y primeros compases del XX: 1837, 1840, 1846, 1854, 1856, 1860, 1869, 1870, 1871, 1873, 1890, 1906, 1914, 1916, 1918, 1930, 1931, 1934, 1936 y 1939 (Satrústegui Gil-Delgado, 2024: 143).

¹⁴ El programa electoral de ERC, con el que se presentó a las elecciones generales de 2023, reconoce sin ambages el propósito de la formación política de trabajar por la amnistía para generar unas condiciones más propicias para cuando *ho tornem a fer* (Esquerra Republicana, 2023: 5).

La normalización de la amnistía, mediante su regulación generalista, debilita indubitadamente la función de prevención general que debe caracterizar la legislación penal. Y la alegría con la que el legislador recurrió en el pasado a esta debería servir de advertencia de los riesgos que entraña, en términos de calidad democrática, una regulación que reforzará la innegable propensión demostrada a utilizar este instrumento solo presuntamente excepcional. Los principios constitucionales previstos en el art. 1.1 CE (Estado de derecho) y, especialmente, en el 9.3 CE (seguridad jurídica) aconsejan no contemplar la amnistía como una causa ordinaria de extinción de la responsabilidad penal.

V. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA LEY DE AMNISTÍA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El principal reto que comporta la definición de la ley de amnistía como singular es, en todo caso, la necesidad de justificar no ya su razonabilidad, sino su proporcionalidad. El preámbulo de la norma parte de la consideración de que, como el principio de exclusividad jurisdiccional no se ve alcanzado de forma alguna, la única explicación que debe darse en este sentido es en relación con la potencial conculcación que una ley singular por especial puede irrogar en el principio de igualdad.

La afirmación de que el principio de exclusividad jurisdiccional no se ve afectado, ni siquiera de forma tangencial, es cuestionable; pues no estamos ante una despenalización general que obliga aplicar de forma retroactiva, a todos, el tipo penal más favorable. Estos fueron los casos de la derogación del delito de sedición (LO 14/2022, de 22 de diciembre) —cuestión estrechamente relacionada con los hechos que provocan la ley de amnistía— o, fuera de nuestras fronteras, de las leyes de impunidad alemanas (*Straffreiheitsgesetze*) de 1968 y 1970, que de forma interesada el preámbulo considera amnistías, pese a no serlo en un sentido estricto.

La ley singular a través de la que se vehicula la amnistía no es «totalmente equiparable» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10) a la ley general, que es, estrictamente, a la que hace referencia el art. 117 CE. De hecho, la posibilidad de que la ley singular se inmiscuya —indebidamente— en el principio de exclusividad jurisdiccional ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional (STC 50/2015, de 5 de marzo, o STC 233/2015, de 5 de noviembre); un imposible si se aceptase hasta sus últimas consecuencias la línea argumental sostenida por el preámbulo de la LOAC. La amnistía no persigue la derogación generalista

de un tipo penal, que el juez debe observar, sino la excepción de su sanción a unos determinados sujetos, de forma desigual, por una motivación política.

Expuesto en estos términos el problema, parece mucho más cuestionable que el legislador no se inmiscuya, en modo alguno, en la función cuyo desempeño tienen encomendado jueces y tribunales (Consejo General del Poder Judicial, 2024a: § 129). Si bien también hay que aceptar que, planteada así la cuestión, no parece sencillo deslindar el impacto que tiene una ley de amnistía en el principio de exclusividad jurisdiccional y en el principio de igualdad. Y es este el motivo por el cual ambos análisis se abordarán en los siguientes subepígrafes de forma simultánea¹⁵.

2. LA RAZONABILIDAD DE LA LEY Y LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

La ley de amnistía, para el propio legislador, es razonable por idónea para alcanzar la normalización «plena» de la situación política en Cataluña. La congruencia entre la norma como medio y la normalización política como fin es la justificación formal que recoge el preámbulo de la ley. Frente a esta consideración se objeta, por un lado, que la mera presentación de la iniciativa ha desembocado en unos niveles de crispación política y social respecto a la cuestión catalana infinitamente más preocupantes que los que se vivían en julio de 2023 (Martínez Zorrilla, 2024: 348). Es decir, que existe una discordancia entre los fines declarados y los conseguidos, al menos hasta ahora, por la norma. Por otro, se replica igualmente que la intencionalidad de los impulsores de la LOAC, que por notoria no hace falta explicitar, diverge de la declarada por el preámbulo, existiendo también una falta de armonía entre la finalidad reconocida por la propia ley y la finalidad real. Teniendo ello en consideración, así como que el principio de interdicción de la arbitrariedad contemplado en el art. 9.3 CE se dirige a todos los poderes públicos, incluyendo el legislador, cabe preguntarse si la ley de amnistía puede considerarse arbitraria por carecer de toda explicación racional.

El Tribunal Constitucional, aunque no ha cerrado la puerta por completo al control de la arbitrariedad del legislador (*v. gr.*, STC 51/1982, de 19 de julio), sí que ha limitado de forma significativa su capacidad fiscalizadora en lo que a esto respecta; atendiendo a la especial posición que ocupa el Poder

¹⁵ La intromisión autónoma del legislador en el art. 117.3 CE se aprecia con mayor nitidez en lo que respecta al «inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real» que hubieran sido adoptadas por los órganos judiciales en relación con el ámbito objetivo de la LOAC (art. 4.a LOAC).

Legislativo en el sistema constitucional. En sintonía con ello, el TC ha sostenido que no procede un análisis «a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias», sino que, a lo sumo, este órgano jurisdiccional debe limitarse a considerar si la norma «carece de toda explicación racional» (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18). Con ello, el TC parece dejar extramuros del enjuiciamiento constitucional un debate que, irremediablemente, le llevaría a evaluar el desempeño de la actuación del legislador y a valorar la intencionalidad política de la norma —y que, por ahora, parece circunscribirse a lo sumo al legislador de urgencia—.

A finales del siglo pasado, Tomás Ramón Fernández (1998) abogó abiertamente por una revisión de la jurisprudencia constitucional sobre la arbitrariedad del legislador que, desde su punto de vista, tenía como telón de fondo el mito del legislador soberano¹⁶. Con base en este postulado, abogó por superar una jurisprudencia caracterizada por la «artificiosidad y el exceso de sutileza» que —siempre desde su perspectiva— «suele concluir dando por buena una mercancía que [...] no resulta de recibo», redundando «no solo en la inautenticidad del propio juicio de constitucionalidad, sino también, y sobre todo, en el descrédito de la Ley» (*ibid.*: 159). En sintonía con ello, Delgado Barrio (2024: 179) ha abogado por considerar como un hecho notorio, exento de necesidad probatoria, la intencionalidad política real que propicia la aprobación de la LOAC, y de la que se derivaría su arbitrariedad por no responder a un interés general, sino particular¹⁷.

Sin embargo, en una norma que es aprobada con el apoyo de formaciones políticas diversas, es difícil determinar cuál es la motivación real del legislador más allá de la plasmada en el texto. El giro copernicano dado por los socialistas respecto a la amnistía y su encaje en la Constitución hace sospechar, con

¹⁶ Sobre la posibilidad de que el Tribunal Constitucional asumiese la fiscalización de los pronósticos del legislador, así como de determinados hechos, se había pronunciado igualmente con anterioridad Rodríguez-Zapata y Pérez (1983). Chinchilla Marín (2004: 83), sin negar el núcleo de la tesis de Rodríguez-Zapata, puntualiza que el control de estos elementos no debe acometerse desde la categoría de «desviación de poder», difícilmente aplicable al legislador, sino desde la de arbitrariedad propia del art. 9.3 CE.

¹⁷ De no asumirse dicha intencionalidad como hecho notorio, cabe recordar que el art. 89 LOTC, ubicado sistemáticamente en su título VII («Disposiciones comunes sobre procedimiento»), permite al TC acordar la práctica de prueba en los procedimientos constitucionales, de oficio o a instancia de parte. Una disposición que, en opinión de Rodríguez-Zapata y Pérez (1983: 1551-1552), faculta al máximo intérprete de la Constitución trascender del control nomofiláctico que, en principio, rige su actuación.

fundamento, que la normalización de la situación política en Cataluña no fue precisamente lo que movió a esta fuerza política a impulsar la norma. En el caso de Junts, también cabe intuir que el apoyo a la iniciativa respondió más a un interés no ya particular, sino personal, del líder de esta formación política. Pero concluir de ello que el apoyo a la iniciativa del resto de grupos parlamentarios estuvo motivado por el mismo interés parece dar un salto peligroso¹⁸. Igualmente, parece también arriesgado convertir al Tribunal Constitucional en fiscalizador de la evaluación del desempeño del legislador en términos de eficacia, aunque existan sólidos motivos para dudar de esta¹⁹, porque debería acometerse en términos políticos (Álvarez Vélez y De Montalvo Jääskeläinen, 2023).

Pero aun asumiendo que la arbitrariedad debe predicarse exclusivamente del contenido de la norma, y no de la intencionalidad del legislador o de los efectos de esta, cabe señalar, siguiendo a Bastida Freijedo (2024), que, aceptando que la finalidad del legislador es fomentar la convivencia democrática en Cataluña, carece de lógica excluir del ámbito objetivo de la norma aquellos actos relacionados con el proceso independentista que fuesen contrarios a este. La decisión del legislador resulta, sin duda, caprichosa, inconsecuente e incoherente, y, por tanto, arbitraria e inconstitucional (STC 99/1987, de 11 de junio). Y ello con independencia de que no existiesen causas abiertas por hechos de esta naturaleza²⁰, pues, como apunta con agudeza el propio Bastida (2024), la ley no debe establecer quiénes serán amnistiados, sino quiénes serán amnistiables. De hecho,

¹⁸ Comportaría una extravagancia intentar negar que todos los intereses que están detrás de la aprobación de la LOAC no son intereses particulares, pues el interés general no es sino el resultado numérico de la transacción de múltiples intereses de esta naturaleza. En la aprobación de la LOAC ocurre, sin embargo, que el interés particular de dos formaciones políticas, el PSOE y Junts, plantea un desafío a la ficción de la voluntad general mucho más intenso de lo que es habitual y, para no pocos, admisible.

¹⁹ Xavier Arbós ha señalado que la LOAC no establece medidas para cohesionar la sociedad catalana internamente, sino que atiende exclusivamente a la dimensión vertical de la problemática que la provoca; lo que debilita potencialmente su eficacia. En este sentido, su intervención en la jornada-debate «Cuestiones constitucionales sobre la Ley de amnistía», organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 24 de abril de 2024. Disponible en <https://tinyurl.com/28235vjm> (a partir de 4 horas y 23 minutos).

²⁰ Este tipo de causas, en cualquier caso, si bien no muy numerosos, no ha sido inexistente, tal y como subrayó García Abellán en su intervención en la jornada-debate «Cuestiones constitucionales sobre la Ley de amnistía», organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 24 de abril de 2024. Disponible en: <https://tinyurl.com/28235vjm>, a partir de 3 horas, 7 minutos.

la decisión del legislador de amnistiar solo las acciones cometidas en el marco del *procés* favorables a la consecución de la independencia de Cataluña no hace sino evidenciar, una vez más, el carácter singular de esta por concreta.

En lo que atañe a la arbitrariedad de la norma, como otrosí, cabe también detenerse en la redacción de la letra e) del art. 2 de la LOAC. Esta, al regular las acciones típicas excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la norma, hace referencia a aquellos delitos —que no pueden ser otros que los de malversación— «que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea». La exclusión es reseñable porque carece de cualquier explicación racional que no pasase por dificultar el control jurisdiccional de la norma por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; siendo consciente el legislador de que ningún potencial amnistiado se encuentra en esta situación de exclusión²¹. No resulta sencillo explicar por qué, para pacificar la situación política catalana, es necesario amnistiar a un sujeto que malversó caudales públicos nacionales, pero dicha necesidad decae cuando los fondos malversados fueron europeos. La decisión vuelve a ser caprichosa y, por ende, arbitraria e inconstitucional. E idéntica consideración debe realizarse respecto a la exclusión que realizaba la redacción original de la proposición de ley (art. 2 c) de aquellos delitos de terrorismo «siempre y cuando haya recaído sentencia firme». Durante la tramitación parlamentaria de la norma, esta cuestión se vio alterada, de modo que los comentarios que merece la redacción definitiva de la LOAC en lo que respecta al delito de terrorismo se abordan en el próximo apartado.

3. LA PROPORCIONALIDAD DE LA LEY: DE LO QUE EL LEGISLADOR PRETENDE QUE SEA A LO QUE REALMENTE ES

Como se adelantaba, el carácter singular de la ley exige valorar no solo la razonabilidad de esta para alcanzar el fin perseguido, sino también su proporcionalidad, que el preámbulo de la ley justifica en unos términos que son controvertidos. Para evaluar la proporcionalidad de una ley singular, el TC ha recurrido al célebre test de proporcionalidad, que comporta la superación sucesiva de tres etapas —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— sin que quepa pasar a la etapa posterior si la previa no ha sido superada de forma exitosa (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 7)²². En el marco de

²¹ «Bolaños emplaza a Puigdemont al acuerdo: La ley de amnistía no deja fuera a nadie». *La Vanguardia*, 14-2-2024. Disponible en: <https://shorturl.at/0sMm3>.

²² La aplicación íntegra del test de proporcionalidad para evaluar la actuación del legislador, como ha señalado Bastida (2024), puede resultar una cuestión vidriosa.

este test, el juicio de idoneidad comporta analizar si la medida adoptada es adecuada para alcanzar el fin perseguido, el juicio de necesidad conlleva analizar si no existía otra medida menos lesiva para alcanzar tal fin y, por último, el imprescindible juicio de proporcionalidad en sentido estricto supone determinar si de la aplicación de la medida se derivan más beneficios para el interés general que perjuicios para el resto de intereses en conflicto. Pese a ello, el preámbulo de la LOAC elude razonar en estos términos y considera, fundamentalmente, que la proporcionalidad de la norma concurre atendiendo a que el elenco de actos amnistiados es concreto y se circunscribe a un período de tiempo determinado: una definición *sui generis* del principio de proporcionalidad que merece, al menos, dos precisiones²³.

En primer lugar, cabe destacar que, aun aceptando la definición de proporcionalidad que realizan los impulsores de la norma, un análisis riguroso de su articulado lleva a alcanzar una conclusión opuesta a la sostenida en el preámbulo de la ley. En efecto, la norma, lejos de caracterizarse por concretar con precisión su ámbito objetivo, es reseñable por definirlo con ambigüedad e imprecisión. Así lo han subrayado, entre otros, los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados (2024) y del Senado de España (2024), el Consejo General del Poder Judicial (2024a: § 167)²⁴ y la Comisión de Venecia (2024: § 96). La redacción del art. 1 de la LOAC, que es el encargado de definir el ámbito objetivo de la ley, resulta contradictoria, pues, por un lado, define hasta la extenuación las acciones que quedan amnistiadas, pero a la vez, en las letras a), b) y c) de dicho artículo, *in fine*, se amnistía cualquier acción determinante de responsabilidad penal, administrativa o contable, siempre que esta se hubiese realizado con el propósito de lograr la independencia de Cataluña, convocar

Especialmente en lo que se refiere al tercer elemento de dicho test (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Sin embargo, el TC no ha tenido reparos en recurrir a este, al menos en potencia, para enjuiciar la constitucionalidad de leyes singulares como la que nos ocupa. En efecto, el FJ 7 de la STC 48/2005 hace referencia a los tres elementos que caracterizan al test de proporcionalidad —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, y que deben observarse de forma cumulativa. Aunque, ciertamente, en el FJ 8, el TC concluye la inconstitucionalidad de la norma por no superar esta el test de necesidad.

²³ En sentido similar, aunque no totalmente coincidente, Urías (2024) considera que la proporcionalidad de la norma debe valorarse en función de la gravedad de las acciones amnistiadas.

²⁴ Incluso el voto particular que se formula al informe aprobado por la mayoría de este órgano constitucional (Consejo General del Poder Judicial, 2024b: § 266) denuncia el carácter «excesivamente abierto» de la delimitación objetiva de la LOAC.

las consultas del 9 de noviembre de 2014 y 1 de octubre de 2017, o permitir su celebración.

Idéntica consideración cabe realizar en lo que respecta al ámbito temporal de la norma, pues, además de ser sumamente amplio, y abarcar doce años entre noviembre de 2011 y dicho mes de 2023, el apartado 3 del art. 1 abre la puerta a amnistiar acciones delictivas cometidas con anterioridad al límite inferior fijado, en principio, por la norma²⁵. Y, lo que resulta más cuestionable, acciones ejecutadas con posterioridad a noviembre de 2023, momento en el que se presentó la iniciativa en el Parlamento²⁶. Esta indeterminación constituye un desafío al principio de seguridad jurídica, previsto en el art. 9.3 CE, y que debe ser interpretado como la confianza que los ciudadanos tienen «en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes» (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4).

La concreción real de las acciones amnistiadas se realiza, a lo sumo, de forma negativa en el art. 2 de la ley, al enumerar una serie de acciones que quedan excluidas del ámbito objetivo de esta. Se amnistía *todo*, menos lo previsto en el art. 2. Sin embargo, esta delimitación no consigue enervar los problemas apuntados. Y ello no porque se trate de una delimitación ficticia, que se redacta con el único propósito de que no afecte a nadie²⁷, sino porque

²⁵ La delimitación temporal de la norma, además, da pie para cuestionar que la STC 31/2010, de 28 de junio, fuese el detonante del *procés*, como desafortunadamente sostiene el preámbulo. Como apunta Tudela (2016: 168), el amplio espacio de tiempo entre el pronunciamiento del TC y el proceso soberanista hace muy difícil sostener que este último se pueda explicar solo como una reacción a la sentencia. La contestación social, bajo el lema de *Aturem el Parlament*, que encontró el *president* Mas al proyecto de ley de presupuestos que impulsó en junio de 2011, y que terminaría aprobando con el apoyo del Partido Popular, explica quizá de forma más acertada el viraje hacia el soberanismo por parte de su partido. Y de ahí que el ámbito temporal de la ley de amnistía arranque, con las precisiones hechas en el cuerpo del texto, en noviembre de aquel año.

²⁶ La extensión de los efectos de la amnistía a acciones cometidas con posterioridad a la presentación parlamentaria de la iniciativa es muy cuestionable porque quien cometa tales acciones lo hará con la certeza de que su conducta no merecerá reproche penal alguno. La redacción de la norma, al crear una esfera cierta de impunidad, fomenta la comisión delictiva y es contraria a la finalidad pacificadora que dice perseguir.

²⁷ En este sentido, la letra a) del art. 2, por ejemplo, al excluir de la amnistía «actos dolosos contra las personas que hubieran producido un resultado de muerte, aborto o lesiones al feto, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro, la pérdida o inutilidad de un sentido, la impotencia, la esterilidad o una grave deformidad», deja dentro de su ámbito objetivo un delito de lesiones con resultado de fractura

los términos en los que han quedado finalmente redactadas las letras b) —delitos de torturas—, c) —delitos de terrorismo— y f) —delitos de traición— de dicho artículo se caracterizan, de nuevo, por la ambigüedad e inconcreción (Consejo General del Poder Judicial, 2024a: § 169). Cabe preguntarse qué torturas no superan un umbral mínimo de gravedad²⁸, por no humillar o degradar a una persona; qué terrorismo puede provocar una violación grave de los derechos humanos, pero cometerse imprudentemente sin dicha intención²⁹, o, por último, qué traición no constituye una amenaza real para la integridad territorial si buena parte de los tipos delictivos recogidos en el título XXIII del Código Penal son de peligro abstracto. La línea que dibuja el legislador para diferenciar tipos de torturas, terrorismo y traición que merecen ser amnistiados es vaporosa y permeable. Y, en consecuencia, inconcreta y desproporcionada, en los términos que define la proporcionalidad el propio legislador.

En segundo lugar, y superando el marco de razonamiento propuesto por el preámbulo, cabe recordar que, con base en la STC 48/2005, para enjuiciar la proporcionalidad de una ley singular lo que procede es el sometimiento de esta al test de proporcionalidad con su triple juicio³⁰. Si bien el esfuerzo analítico de este subepígrafe se centra en lo que atañe a los juicios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, pues el juicio de idoneidad fácilmente puede confundirse con el de razonabilidad (Rocas Trías y Ahumada Ruiz, 2013: 8) y esta cuestión ya ha sido abordada en la sección anterior³¹.

craneoencefálica producida a un agente de policía, por impacto de un objeto contundente, provocando a la víctima el estado de coma, su ingreso en una unidad de cuidados intensivos durante quince días y, de forma definitiva, una pérdida visual de carácter parcial. Véase «Interior jubila al policía que perdió la visión tras los disturbios del *procés*», *La Razón*, 11-12-2020. Disponible en: <https://shorturl.at/alHzN>.

²⁸ El voto particular que se formula al informe del Consejo General del Poder Judicial (2024b: § 278) propone interpretar la cláusula «umbral mínimo de gravedad» a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁹ Debe recordarse que el terrorismo por imprudencia no está castigado expresamente (art. 12 CP), más allá de su financiación (art. 576.4 CP).

³⁰ La STC 48/2005 señala, en su FJ 7, que es «doctrina de este Tribunal que para comprobar si una determinada actuación de los poderes públicos supera el principio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple las tres condiciones» del test de proporcionalidad, sin diferenciar si el poder fiscalizado es el Legislativo.

³¹ Como el test de proporcionalidad es sucesivo, y ya se ha concluido su falta de idoneidad, en el plano jurisdiccional no procedería continuar analizando su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si bien, en el plano doctrinal, dicho análisis continúa revistiendo interés.

En líneas generales, el TC ha sido muy cauto a la hora de aplicar el juicio de necesidad para evaluar la constitucionalidad de una ley (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8), aunque 1) existe jurisprudencia en la que la *ratio decidendi* de la declaración de inconstitucionalidad es la no superación del juicio de necesidad (Medina Guerrero, 1998: 125-126) y 2) dicha cautela se ha desvanecido cuando la ley enjuiciada era, como la LOAC, una ley singular (STC 48/2005). En lo que atañe a la ley general y abstracta, el juicio de necesidad se considera superado salvo que «resulte evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo» (STC 55/1996, FJ 8), mientras que en la ley singular se invierte la carga de la prueba y debe ser el legislador el que acredite la «realidad fáctica» que justifica la necesidad de la norma (STC 48/2005, FJ 8).

El preámbulo de la LOAC justifica la necesidad, de manera somera, esgrimiendo que ya han sido aplicadas cualesquiera medidas alternativas y útiles para alcanzar el propósito de la ley: la concesión de indultos en 2021 a los condenados por el *procés* y la reforma del Código Penal para derogar el delito de sedición en 2022. Esta justificación de la necesidad, sin embargo, yerra en lo fundamental, pues nos inclina a pensar que la finalidad de la norma no es tanto el fomento de la convivencia en Cataluña sino la «desjudicialización» de un conflicto que el legislador, ahora, considera estrictamente político. Por ello, cabe reiterar que la enmienda a la totalidad que la LOAC realiza a la respuesta judicial al *procés* no es sino el medio para conseguir el fin último de la norma. Teniendo ello presente, el juicio de necesidad obligaría al legislador singular a justificar por qué no existían otras medidas alternativas, igualmente eficaces y menos problemáticas, para diluir, al menos parcialmente, las enconadas discrepancias ideológicas mantenidas entre los catalanes³². Y no lo hace porque dichas medidas existen³³ y porque, muy posiblemente, el propio legislador y el

³² La justificación de la necesidad por parte del legislador resulta ineludible porque para el TC no es sencillo evaluar en abstracto la equivalencia de eficacia que exige el juicio de necesidad. En efecto, razonar en estos términos obligaría al TC a asumir una evaluación del desempeño de la acción legislativa —y de las hipotéticas alternativas— que es, precisamente, lo que acaba de apuntarse que debe eludir al analizar la idoneidad-razonabilidad de la LOAC. Si aceptamos que el TC, en el marco de un proceso que tiene por objeto el control de la constitucionalidad de la ley, no debe valorar la eficacia de esta en el primer estadio del test de proporcionalidad, no parece sencillo aceptar que sí deba hacerlo en el segundo.

³³ De hecho, la eficacia de la LOAC, especialmente para pacificar Cataluña en una dimensión horizontal —empleando la terminología de Arbós, nota 19— es muy

Gobierno al que da soporte terminarán transitando por ellas en los próximos meses.

En último lugar, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto debe llevarnos a valorar, como ha señalado Díaz Revorio (2024), si el sacrificio que provoca la amnistía en el principio de igualdad, y en el de separación de poderes, no es excesivo en comparación con el fin que persigue³⁴. El preámbulo de la LOAC, sin embargo, no se detiene en esta cuestión que, por otro lado, no es sencilla de sostener. Máxime si se parte de que los propios impulsores de la norma han reconocido reiteradamente que la situación política en Cataluña se había normalizado de forma muy sustancial, por no decir completa, tras los indultos de 2021, la reforma del Código Penal de 2022, y otras medidas de carácter territorial. Frente a esta posición³⁵, el preámbulo nos descubre que tales medidas fueron insuficientes y que todavía es posible pacificar Cataluña más de lo que estaba, aunque el margen de mejora sea reducido. Pero precisamente porque el beneficio que persigue la LOAC no solo es tremendamente incierto³⁶, sino que es, esencialmente, marginal, solo cabe concluir que dicho beneficio es menos relevante que el notorio sacrificio que su aprobación irroga a pilares esenciales de la democracia constitucional.

Ni la necesidad de la LOAC queda acreditada por el legislador ni la proporcionalidad en sentido estricto de esta es fácil de sostener. Por ello, más allá de su falta de razonabilidad —en los términos expuestos en el párrafo anterior—, el encaje en la Constitución de la LOAC sobrepasa con holgura la mera controversia.

cuestionable. Y, en consecuencia, es posible imaginar otras medidas incluso más eficaces para alcanzar el fin último perseguido por el legislador.

³⁴ Este balance entre costes y beneficios que provoca la medida también es asumido, incluso, por el voto particular que se formula al informe del Consejo General del Poder Judicial (2024b: § 232), si bien en dicho documento se considera que no corresponde a este órgano constitucional entrar al fondo de dicha ponderación (*ibid.*: § 258).

³⁵ Véase «Sánchez da por enterrado el *procés* y esgrime “la pacificación” de Catalunya», *La Vanguardia*, 17-12-2022. Disponible en: <https://tinyurl.com/yj5scz4t>. «Pedro Sánchez: “Una de mis principales satisfacciones como presidente es ver cómo en Cataluña prima la convivencia y no la confrontación”», *La Moncloa (nota de prensa)*, 22-11-2022. Disponible en: <https://11nq.com/LShsU>.

³⁶ «Puigdemont avisa a Sánchez de que “continúa el *procés*” y le urge a “negociar la autodeterminación”», *El Mundo*, 7-3-2024. Disponible en: <https://shorturl.at/Uc2dJ>. «Junts celebra la aprobación de la amnistía e insiste en que su objetivo sigue siendo la independencia», *La Vanguardia*, 14-3-2024. Disponible en: <https://shorturl.at/q1vxE>

VI. UNA SEGUNDA DERIVADA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LOS DELITOS POLÍTICOS IMPROPIOS COMO DELITOS AMNISTIABLES

La LOAC amnistía acciones delictivas que quedan extramuros del título XXI del Código Penal, donde se tipifican los delitos contra la Constitución, que son los delitos políticos «propios», característicos del Estado liberal (Ruiz-Funes, 2013: 153), como la rebelión, la sedición o los desórdenes públicos. La categoría de delito político, ciertamente, es problemática, pues, en sentido contrario a su delimitación, se argumenta que delitos políticos no son solo los delitos contra la Constitución, sino todos aquellos definidos como tales por el legislador en una ley de amnistía; porque es el legislador quien determina, en última instancia, la intencionalidad política del hecho delictivo.

En términos comparados, la limitación de la capacidad del legislador para amnistiar, exclusivamente, delitos de naturaleza política ha sido prevista por el constituyente griego (art. 47.3) o por el colombiano (art. 150.17). Si bien la coyuntura política colombiana, a diferencia de la griega, por motivos conocidos y pesados, ha provocado una rica jurisprudencia sobre el particular.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha diferenciado entre delitos políticos «puros», que se circunscriben a la rebelión, la sedición y la asonada —nuestros desórdenes públicos—, y delitos políticos conexos, que son aquellos delitos comunes íntimamente relacionados con los delitos políticos y, en consecuencia, susceptibles de ser amnistiados (por todas, Sentencia C-025/18). Si bien, para que un delito común pueda ser considerado delito político por conexión, es necesario, en primer lugar, que el legislador así lo contemple expresamente (*v. gr.*, art. 16 de la Ley 1820 de 2016), y, en segundo, que dicha conexión sea razonable (C-695/02), o, más adelante, razonable y proporcionada (Sentencia C-986/10). Y aunque la Corte no llega a aplicar en este caso el triple juicio de proporcionalidad (Ramírez Cleves, 2015: 591), sí que cabe inferir que, allí donde las circunstancias sociales han provocado que la amnistía como categoría goce, lamentablemente, de buena salud, se ha hecho un esfuerzo jurisprudencial por realizar una interpretación restrictiva de su contenido.

Huelga decir que la coyuntura colombiana, por la gravedad de los hechos acontecidos, en nada se parece a la española. Pero, precisamente por ello, cabe sostener que la falta de regulación de la amnistía por parte del constituyente español no puede desembocar en un escenario menos garantista que en aquellas latitudes donde si está prevista expresamente esta anomalía constitucional. La amnistía como categoría, si tiene cabida en la Constitución, debe serlo limitándose a dar cobertura a delitos políticos propios y, restrictivamente, a aquellos comunes relacionados razonable y proporcionalmente con estos. En lo que

atañe a su proporcionalidad, además, debería valorarse como mínimo si para alcanzar el fin perseguido era imprescindible (juicio de necesidad) cometer la acción que posteriormente se desea amnistiar.

Teniendo ello presente, debe señalarse 1) que la ambigua redacción de la LOAC propicia que la amnistía cubra delitos ordinarios relacionados solo de forma tangencial con el proceso independentista (Comisión de Venecia, 2024: § 97), especialmente en lo que se refiere al delito de malversación (*ibid.*: § 102), y 2), y que ningún delito de terrorismo —y algunos son amnistiados— era ineludible para la comisión de los delitos políticos propios y, en consecuencia, que su inclusión en la ley de amnistía resulta desproporcionada e inconstitucional.

Este trabajo, en cualquier caso, quiere concluir recordando, como hizo ya hace años Ruiz Funes (2013: 277) desde el exilio en México, que, conforme se consolida una democracia, el delito político, propio o impropio, es prácticamente imposible. En efecto, quien incurre en estos delitos no es un delincuente político, sino un delincuente legal, porque persigue transformar la realidad con una intencionalidad política, pero sin seguir los cauces democráticos previstos para su reforma. Y si la amnistía solo puede dar cobertura a delitos políticos, los delitos políticos no caben en democracias consolidadas y España es, como apunta el propio preámbulo de la LOAC en su apartado III, una democracia consolidada; las reglas más esenciales de la lógica nos invitan a concluir que lo que no debe tener cabida en el sistema constitucional español es la amnistía como categoría jurídica y no la concreta ley que se examina. El debate, posiblemente, no debería haber trascendido de este marco. Máxime cuando el propio Tribunal Constitucional ha considerado la amnistía como una operación excepcional «propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve» (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2). Así planteadas las cosas, la LOAC no tiene encaje en la Constitución, además de por los motivos argüidos en las páginas precedentes, porque muy difícilmente cabe la amnistía en una democracia de calidad que no la reconoce expresamente, como anomalía, en su Norma Fundamental.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2001). *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Madrid: Civitas.
- Álvarez Vélez, M. I. y De Montalvo Jääskeläinen, F. (2023). *El arte de legislar: evaluación legislativa ex ante y ex post*. Madrid: Congreso de los Diputados.

- Aragón Reyes, M. (2024). La Constitución no permite la amnistía. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp. 65-68). A Coruña: Colex
- Balaguer, F. (2022). *Fuentes del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bastida Freijedo, F. (2024). Amnistía y Constitución. *Revista General de Derecho Constitucional*, 40, 1.
- Cámara Villar, G. (2024). La amnistía ante el silencio de la Constitución. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 108-109, 36-41.
- Carmona Contreras, A. (2023). Los árboles (jurídicos) y el bosque (político). *El País*, 16-11-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/ma23fctc>.
- Chinchilla Marín, C. (2004). *La desviación de poder*. Madrid: Civitas
- Comisión de Venecia (2013). *Opinion in the provisions relating to political prisoners in the amnesty law of Georgia*. Disponible en: [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).
- 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"*. Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2024\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)003-e).
- Congreso de los Diputados (2024). *Observaciones técnicas a la proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña* (núm. expdte. 122/19).
- Consejo General del Poder Judicial (2024a). *Informe sobre la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*. Disponible en: <https://l1nq.com/my51z>.
- Consejo General del Poder Judicial (2024b). *Voto particular que emite la vocal María del Mar Cabrejas Guijarro en relación al Informe sobre la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña y al que se adhieren los vocales Roser Bach Fabregó, Álvaro Cuesta Martínez, Clara Martínez de Careaga García y Pilar Sepúlveda García de la Torre*. Disponible en: <https://shorturl.at/VJLGb>.
- Delgado Barrio, J. (2024). Una amnistía arbitraria. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho* (pp. 177-180). A Coruña: Colex.
- De Miguel, J. (2022). El final de la Ley de Amnistía. *The Objective*, 26-7-2022. Disponible en: <https://is.gd/ejNK5w>.
- Díaz Revorio, F. J. (2024). Una valoración de la constitucionalidad de la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña. *Diario La Ley*, 10-1-2024.
- Esquerra Republicana (2023). Eleccions Generals 2023. Programa electoral. Disponible en: <https://tinyurl.com/6t4e7kd9>.
- Fernández, T. R. (1998). *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.
- Fernández, T. R. (2023). Amnistía: las razones de la sinrazón. *ABC*, 23-11-2023. Disponible en: <https://is.gd/cXW2R1>.

- García Majado, P (2022). *De las inmunidades del poder a la inmunidad del sistema jurídico y sus patologías*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gimbernat, E. (2019). La imposible amnistía. *El Mundo*, 9-10-2019. Disponible en: <https://is.gd/v8kyzZ>.
- Gimbernat, E. (2024). Una crítica a la proposición de Ley Orgánica de amnistía. *El Español*, 2-1-2014. Disponible en: <https://is.gd/2ZJauz>.
- Linde Paniagua, E. (2024). *La amnistía y el indulto en la encrucijada*. Madrid: Edisofer.
- Madariaga, S. (1978). *España. Ensayo de historia contemporánea*. Madrid: Espasa Calpe.
- Martínez Zorrilla, D. (2024). La injustificación de la amnistía en el examen de proporcionalidad constitucional. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho* (pp. 345-350). A Coruña: Colex.
- Medina Guerrero, M. (1998). El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 119-141
- Montilla Martos, J. A. (2015). Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, 269-295. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.104.09>.
- Ortega Díaz-Ambrona, J. A. (2024). La amnistía como penoso anacronismo. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho* (pp. 135-139). A Coruña: Colex.
- Ramírez Cleves, G.A. (2015). La participación en política de excombatientes en Colombia: análisis de la Sentencia C-577 de 2014. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 19, 565-591. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.19>.
- Roca Trías, E. y Ahumada Ruiz, M. A. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia española. En *XV Conferencia Trilateral (Roma, 24-27 de octubre de 2013): los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional*. Disponible en: <https://xurl.es/n3nak>.
- Rodríguez Patrón, P. (2017). La ley singular como categoría de acuñación jurisprudencial; una nueva aproximación a su particular significado y problemática. *Revista de Derecho Político*, 99, 167-197. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.99.2017.19309>.
- Rodríguez-Zapata y Pérez, J. (1983). Desviación de poder y discrecionalidad del legislador. *Revista de Administración Pública*, 101-102, 1527-1554.
- Ruiz-Funes, M. (2013). *Evolución del delito político*. Madrid: Cátedra del Exilio y Fondo de Cultura Económica.
- Satrústegui Gil-Delgado, M. (2024). Amnistía condicionada. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho* (pp. 141-146). A Coruña: Colex.
- Senado de España (2024). *Informe de la Secretaría General del Senado sobre la inconstitucionalidad del dictamen del Pleno del Congreso sobre la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*.
- Tajadura Tejada, J. (1998). Exposiciones de motivos y preámbulos. *Revista de las Cortes Generales*, 44, 141-153. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/1998/44/299>.
- Tudela Aranda, J. (2016). *El fracasado éxito del Estado autonómico*. Madrid: Marcial Pons.
- Urías, J. (2024). Una amnistía jurídicamente razonable. *CTXT*, 7-3-2024. Disponible en: <https://l1nq.com/2YXON>.