

LA AMNISTÍA EN LA CONSTITUCIÓN: LOS CONSTITUCIONALISTAS DIVIDIDOS

The amnesty in the Constitution: the constitutionalist divided

JAVIER GARCÍA ROCA
Universidad Complutense de Madrid
javiegar@ucm.es

Cómo citar/Citation

García Roca, J. (2024).

La amnistía en la Constitución: los constitucionalistas divididos.

Revista Española de Derecho Constitucional, 131, 13-47.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.131.01>

Resumen

Advierto más peso en la críticas políticas o de legitimidad a la amnistía que en las jurídicas a su constitucionalidad. La amnistía se integra en la función legislativa: la intervención de la ley transforma su naturaleza y ubica el problema entre las fuentes del derecho, lejos del indulto. El silencio constitucional no equivale a una prohibición implícita y no puede razonarse por analogía en el art. 62.i CE. En nuestra historia constitucional el silencio no impidió las amnistías. El derecho comparado evidencia igualmente la práctica de amnistías por ley y sin previsión constitucional. La amnistía en abstracto no viola ni el Estado de derecho ni la división de poderes ni la tutela judicial ni la igualdad ante la ley, pero es un derecho excepcional que debe tener límites.

Palabras clave

Amnistía versus indulto; función legislativa; democracia representativa; derecho constitucional comparado; Estado de derecho; igualdad ante la ley; proceso debido; arbitrariedad y principio de proporcionalidad.

Abstract

I notice more relevance in the political criticism or the legitimacy of the amnesty than in the legal reproaches of its constitutionality. The amnesty is integrated into the legislative function: the intervention of the law transforms its nature and places the problem among the sources of Law, far away from pardon. Constitutional silence is not equivalent to an implicit prohibition and cannot be reasoned by analogy in article 62.i CE. In our constitutional history, constitutional silence did not prohibited amnesties. Comparative Constitutional Law also shows the practice of amnesties approved by law without constitutional provision. Generally speaking, the amnesty does not violate the rule of law, the division of powers, due process, or equality before the law, but it is an exceptional discipline that must have limits.

Keywords

Amnesty vs pardon; legislative function; representative democracy; comparative Constitutional Law; Rule of law; divisions of powers; equality in front of the law; due process; arbitrariness and principle of proportionality.

SUMARIO

I. EL DIFÍCIL CONTEXTO: LA AMNISTÍA EN UN PARLAMENTARISMO RADICALIZADO, LA CONFUSIÓN DE LOS VICIOS Y EL DILEMA ENTRE UN CONSTITUCIONALISMO MILITANTE O DISTANCIADO. II. EL JURISTA PERSA: EL VALOR DESCONTAMINADO DE LOS PRIMEROS CONSTITUCIONALISTAS Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA. III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA EN ABSTRACTO. IV. LOS REPROCHES DE INCONSTITUCIONALIDAD. V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. EL DIFÍCIL CONTEXTO: LA AMNISTÍA EN UN PARLAMENTARISMO RADICALIZADO, LA CONFUSIÓN DE LOS VICIOS Y EL DILEMA ENTRE UN CONSTITUCIONALISMO MILITANTE O DISTANCIADO

La amnistía: constitucionalidad y oportunidad política. Las restricciones al saber de los constitucionalistas. Me piden una reflexión sobre la amnistía. Me plantearé su lugar en la Constitución, lo que constituye la cuestión principal del debate jurídico. Adelanto que he acabado por convencerme de que caben amnistías en la Constitución. Los argumentos en contra no son definitivos frente a la amplia libertad de configuración del legislador en una democracia representativa. Pero es un asunto sobre el que no me es grato pronunciarme, habida cuenta de la seria división que ha producido entre los juristas y en la sociedad española. Existe una manifiesta falta de consenso sobre la amnistía, vivimos en un enrarecido ambiente, y esta carencia produce una crisis de legitimidad; solo la esperanza de recuperar la unidad constitucional me impulsa a razonar en el debate. El exagerado contexto dificulta una comprensión previa a la interpretación constitucional de las normas. Mas la verdadera razón del intenso enfrentamiento político no estimo sea la constitucionalidad de la medida, sino la oportunidad de una decisión controvertida, así como la decidida voluntad de la oposición de sustituir al Gobierno y romper el acuerdo de investidura, desgastándolo en cualquier terreno e institución. Me parece que las críticas políticas son más sólidas que las de carácter jurídico (Martín Rebollo, 2024: 114). Es más un debate de «legitimidad» que de constitucionalidad y el interrogante es si ese déficit de legitimidad constitucional tiene relevancia constitucional (Cruz Villalón, 2023-2024: 57). Tiendo a creer que son

cosas distintas. Pero sobre la oportunidad de la amnistía no me pronunciaré, porque los constitucionalistas no debemos hacer ni augurios ni profecías, según nos ha enseñado Zagrebelsky leyendo a Max Weber¹. No solo por positivismo metodológico, sino, sobre todo, por razones de humildad y limitaciones de nuestro conocimiento: no estamos más preparados para hacer juicios de futuro que los representantes políticos, a diferencia de lo que algunos colegas bienintencionadamente creen, lo que les inclina a suplantar a los políticos. Una cierta autorrestricción es necesaria en un constitucionalista, que debe reflexionar como un juez. Respetemos el oficio de políticos y comunicadores y advirtamos con rigor las limitaciones de nuestro oficio y del derecho.

La argumentación jurídica y la predicción política: un constitucionalismo distanciado. Los juristas no tenemos la capacidad de Casandra de predecir el futuro, aunque fuera dando pocas y oscuras razones. Tampoco somos expertos en inteligencia artificial predictiva ni en *forecasting*². Mi reflexión no puede, pues, ser otra que la derivada de intentar ser un constitucionalista distanciado: un trabajo paciente y creíble con voluntad de dar razones con imparcialidad, recuperando el valor integrador de la Constitución y la argumentación. No un constitucionalismo militante, un consejero del príncipe, o su debedador y valedor de la oposición: un activista³. Vivimos en una realidad muy exagerada, schmittiana, obligados a considerarnos amigos o enemigos en términos absolutos. Ese no es el mundo del derecho que consiste en ofrecer matices. El oficio del iuspublicista tampoco gravita en escribir constantemente artículos de prensa para incidir diariamente en los debates políticos. Se improvisan ahora en exceso respuestas sencillas a cuestiones complejas de actualidad con una inmediatez y una emocionalidad que acrecientan las herramientas digitales y los *posts* en blogs y plataformas, en clara merma de la lectura y del peso de la reflexión en las razones y el tiempo para que maduren. No puedo dar noticia de un ciento de escritos aparecidos en la prensa digital o escrita, aunque he consultado muchos de ellos (hay sendas listas en Díaz Revorio, 2024: 14 y ss., y en Aragón, 2023-2024).

Una decisión política del Parlamento sobre los fines y la justificación de la amnistía. La amnistía es una decisión política tomada tras un largo conflicto

¹ Zagrebelsky (2023: 26), con sugerentes reflexiones sobre las confusiones y las divisiones entre los constitucionalistas y los consultores. He escrito un prólogo a su próxima edición en castellano por la editorial Palestra.

² Sobre la predicción a partir de datos, puede leerse Tetlock y Garner (2015).

³ Puede leerse Khaitan (2022), que sostiene: «An academy with a critical mass of scholar-activist is systematically less likely to contribute to justice than one whose members generally stick to their role morality as scholars more strictly» (p. 548).

ocasionado por el proceso secesionista en Cataluña, algunos de cuyos promotores fueron condenados, no por defender la independencia, sino por desentenderse de las leyes y del Estado de derecho. La nuestra no es una democracia militante: se puede legítimamente ser secesionista, pero no cabe desobedecer las leyes, si no son manifiestamente inconstitucionales. Fueron unos incumplimientos incomprensibles desde la cultura democrática del constitucionalismo, que produjeron un enfrentamiento civil, el encarcelamiento, sanciones y el exilio de muchos representantes. Es verdad que la amnistía ha sido la inmediata consecuencia de unos acuerdos sobre la investidura —insuficientemente explicados— entre una pluralidad de fuerzas políticas muy diferentes y de la presión de los partidos independentistas. Pero la *ocasio* de una ley no es necesariamente lo mismo que su *justificatio* a efectos de los sucesivos controles judicializados de regularidad: constitucionalidad, convencionalidad y comunitariedad. El carácter coyuntural de esos acuerdos y el brusco cambio de la posición del Gobierno sobre la constitucionalidad de la amnistía pueden restar legitimidad a una decisión parlamentaria, que, además, no fue debatida en la campaña electoral (Pedro Cruz, 2023), pero estas deficiencias políticas no constituyen por sí mismas un vicio de inconstitucionalidad.

La exposición de motivos explicita como *finés legítimos* que la ley pretende: la normalización política en Cataluña, garantizar la convivencia futura, volver al Estado de derecho, eliminar circunstancias que provocan la desafección y el alejamiento de las instituciones estatales, y crear las circunstancias para el diálogo y los cauces parlamentarios. Es difícil oponerse a estos razonables fines pacificadores y sostener su inconstitucionalidad mediante un juicio de proporcionalidad sobre la legitimidad de los fines.

El Parlamento como dispensador de legitimidad democrática: el problema de las mayorías. Un parlamento es un gran dispensador de legitimidad democrática y no solo el pueblo mediante elecciones: llamamos a eso democracia representativa. Las elecciones deberían producir un efecto pacificador que entre nosotros no tienen, pues vivimos en una permanente y exagerada campaña electoral toda la legislatura. Otra cosa es que una decisión tan polémica como es una amnistía haga deseable el más amplio consenso parlamentario que resulte posible, por razones de integración política. Unas mayorías cualificadas sugiere la Comisión de Venecia en su opinión sobre la amnistía, aunque no se detiene en explicar las razones. Pero no olvidemos que el art. 81.1 CE reclama la mayoría absoluta y no otra más amplia como requisito de validez de las leyes orgánicas.

Un parlamentarismo fragmentado y radicalizado. Tenemos un parlamentarismo fragmentado (hay hasta nueve grupos parlamentarios en el Congreso) y una función de oposición muy dura en todos los terrenos y no siempre

comprometida con la acción de gobierno. La afirmación puede recorrerse en sentido contrario. El problema no es la fragmentación, sino la polarización, pues hay otros países con pluripartidismo y alcanzan estabilidad gubernamental. Es un Parlamento muy radicalizado, donde la exageración y hasta el insulto —rompiendo los usos parlamentarios— sustituyen al diálogo entre mayoría y minorías, que es el único instrumento que permite alcanzar un compromiso tras una deliberación y una discusión parlamentaria, fundada en el estudio y no en la simplificación de las cosas y su exageración. Innenarity y Gallardo han subrayado que la exageración, la política de la hipérbole, hace prácticamente imposible la democracia representativa⁴. Cómo puede discutirse con racionalidad una ley de amnistía que debe conciliar unos contrapuestos y variados intereses en un escenario casi propio del período de entreguerras. ¿Cabe un procedimiento razonable de decisión en enfrentamientos dentro de ese escenario apocalíptico (García Roca, 2023b)?

La confusión en el nivel de los vicios. En esta situación dividida, se ha producido una confusión en los planos de los vicios y argumentos esgrimidos a menudo en simple *commixtio* en los medios y las redes y de manera muy emocional, lo que nos impide avanzar en el razonamiento. Sugiero descomponer cuatro tipos de problemas para analizarlos de forma separada, si bien surgirán inevitables intersecciones en la exposición. Primero, la constitucionalidad de la amnistía en abstracto como competencia de las Cortes Generales dentro de ciertos límites. Segundo, la constitucionalidad de las concretas regulaciones de la proposición de ley de amnistía. Tercero, su adecuación al doble control europeo, previsiblemente no muy estricto por su misma naturaleza. Cuarto, la oportunidad política de una amnistía, lo que se solapa, pero solo en parte, con la justificación de los fines de la ley. Me ocuparé ahora solo del primero de los problemas por razones de espacio. La interpretación del derecho no es otra cosa que dar razones y recibir razones, admitiendo la superioridad de ciertas razones objetivas, hasta alcanzar acuerdos y transacciones fundados en la racionalidad de las posiciones. También debería ser eso el parlamentarismo como una transposición del proceso judicial al procedimiento parlamentario en busca del *logos*, pero la realidad es otra.

⁴ Innenarity (2020), entre otros libros y numerosos artículos en los medios. Previamente, Gallardo (2018).

II. EL JURISTA PERSA: EL VALOR DESCONTAMINADO DE LA OBRA DE LOS PRIMEROS CONSTITUCIONALISTAS, Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA

1. *La communis opinio de los primeros estudios: la amnistía cabe en la Constitución.* La opinión generalizada de los constitucionalistas que estudiaron la amnistía hace dos décadas, sin venir condicionados por las urgencias de la cuestión catalana, fue claramente favorable a la constitucionalidad de esta institución. A diferencia de los penalistas, probablemente por una falacia⁵ de composición, un error argumentativo derivado de la insuficiencia de la perspectiva penal, la amnistía no es solo gracia o clemencia, sino un instrumento político. Conviene recordar sus posiciones ahora para alcanzar la perspectiva descontaminada a la hora de razonar que nos sugirió adoptar Cruz Villalón (2006) relejendo a Montesquieu. Puede que nada sustancial haya cambiado desde entonces en la interpretación de las normas constitucionales de relevancia, y que el actual contexto político enrarecido no sea un fundamento suficiente para operar una alteración de aquellas razones objetivas como ha ocurrido. Sin embargo, me sorprende que apenas se lea a esos primeros autores, claramente «descontaminados»⁶ del conflicto sobre la amnistía en Cataluña. La gravedad de esos estudios monográficos me parece superior a la de muchos de los artículos de prensa escrita y digitales publicados en el último año. Desandemos la historia del dogma.

La posición de Linde en 1976: una tradición histórica en nuestro ordenamiento, la dimensión parcial de su tratamiento penal, su aplicación a los delitos con intencionalidad política. Pionera fue la tesis doctoral de Linde Paniagua (1976: 77-111), un trabajo preconstitucional. Al analizar la amnistía en el

⁵ Empleo la expresión «falacia» no como sinónimo de «engaño, fraude o mentira», como recoge el *DRAE*, sino en un sentido muy consolidado en la teoría de la argumentación. Puede leerse Atienza (2018). En la nota preliminar, se identifica las falacias con los errores argumentativos en la esfera del derecho o la política, y, en el prólogo, J. Muguerza las caracteriza como «argumentos aparentes» o que tienen la apariencia de tales, lo que los convierte en fuente de confusiones.

⁶ Empleo el término «contaminación» en el sentido con el que se emplea en el contexto de la imparcialidad judicial. Alguien «descontaminado» es un juzgador neutral, al no conocer los hechos que debe enjuiciar, y no estar condicionado por sus prejuicios u opiniones personales; se puede estar contaminado por razones subjetivas, pero también objetivas, al haber entrado en contacto previamente con el supuesto. No afirmo, claro está, que todos los autores posteriores estén necesariamente contaminados. Indago la perspectiva objetiva de quienes razonaron sin imaginar la controversia sobre la amnistía en el *procés*.

ordenamiento jurídico español, recuerda su mención expresa en la Constitución de la II República, «como en otras tantas del mundo occidental», y su previsión en el Código Penal y en la Ley General Tributaria de 1963 y la Ley de Contrabando de 1964, entre otras leyes. Asimismo, recopila las principales amnistías, nada menos que dieciocho, otorgadas de 1832 a 1918, y ligadas a la tranquilidad del país. La amnistía ha sido una tradición en nuestra historia constitucional. Respecto de su naturaleza jurídica, destaca la carencia de tratamientos dogmáticos, y censura su atención casi exclusiva por la doctrina penalista. Una perspectiva que considera insuficiente para construir una categoría constitucional. Es un punto de partida que conviene reservar. Por el contrario —afirma—, debe volverse a las ideas de Silvela y Dorado, quienes subrayaban su condición de una excepción a la ley común, borrando el carácter criminal de ciertos hechos. La cuestión debe, pues, situarse entre las fuentes del derecho. Una comprensión previa a la interpretación constitucional que es correcta. Es preciso ocuparse —afirma— de la función de la ley en la derogación retroactiva y transitoria de normas específicas en distintos grados, y en la modulación de los sujetos y el objeto sobre el que versa la medida. Puede aplicarse como técnica a la totalidad del ordenamiento jurídico, pues no hay razones para justificar su naturaleza exclusivamente penal.

Una afirmación que comparten el estudio de Zagrebelsky (1974), que entiende la amnistía como una herramienta multifuncional, y también la Comisión de Venecia en su opinión *The Rule of Law requirements of amnesties with particular reference to the parliamentary bill on the organic law on amnesty for the institutional political and social normalisation of Catalonia*, de 18 de marzo de 2024. Recordemos que algunos critican el uso del término «amnistía» en materia laboral o tributaria.

Sin embargo, Linde señala que las experiencias históricas revelan que las amnistías han sido utilizadas en momentos históricos de «actuación del ganador frente al perdedor» (1976: 100). También explica que desde la aparición de la institución ha sido habitual su aplicación especialmente a los derechos políticos, admitiendo la dificultad de su identificación, y el debate sobre su extensión a los delitos conexos. La ley formal —advierte— no puede ser en principio omnipotente o ilimitada. Un juicio de valor ampliamente compartido.

La vuelta al origen de Linde en 1979 y 2024: el valor del silencio constitucional, la ubicación de la amnistía entre las fuentes del derecho, el poder de la ley, la amnistía como perdón, la plenitud de la función jurisdiccional, la ausencia de violación de la igualdad y la división de poderes. Aprobada la Constitución, el autor insistió (Linde Paniagua, 1979: 12) en sus argumentos previos. De nuevo, al surgir el debate sobre la amnistía en Cataluña, analizó otra vez su

constitucionalidad (Linde Paniagua, 2024: 423 y ss.). En su último trabajo, recuerda que nuestras constituciones históricas silenciaron la institución reflejando una tendencia de nuestro constitucionalismo histórico —al igual que ocurrió en 1978—, salvo las constituciones de 1869 y 1931, sin existir jamás una prohibición expresa para su concesión. De manera que el silencio constitucional sobre la amnistía no es una novedad en nuestro ordenamiento. Insiste en la comprensión de la amnistía como una técnica de derogación retroactiva (transitoria o definitiva) de normas sancionadoras, y subraya que del art. 9.3 CE se deduce la garantía de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, y, por consiguiente, avala que se concedan amnistías. Respecto del rechazo de una enmienda en el Congreso (n.º 505) en el debate constituyente, que postulaba la inclusión de la amnistía de modo expreso en la Constitución, recuerda que fue desestimada por la Ponencia, sin que de forma significativa fuera sostenida por el grupo mixto en lo sucesivo, y cree que la enmienda trataba de radicar de modo exclusivo la amnistía en el Parlamento, pero no extrae más razones del rechazo. La ausencia de mención de la amnistía en la Constitución no es prueba de su inconstitucionalidad —afirma—, pues este argumento desconoce la posición constitucional del Parlamento, que no tiene más límites que los establecidos en la Constitución y en el ordenamiento europeo. Las Cortes tienen un inmenso poder residual que les permite dictar leyes no previstas expresamente en la Constitución (*ibid.*: 30).

Tampoco admite que se viole la igualdad, un principio que no impone un tratamiento igual de todas las conductas con abstracción de cualquier elemento diferenciador con relevancia jurídica para el legislador. Añade que, desde la óptica del art. 25.1 CE, si el ejercicio del *ius puniendi* reclama de la ley, también debe reclamarse la ley para conceder amnistías. Razona (*ibid.*: 23), con gran claridad, que la amnistía no viola la división de poderes, pues la medida «no considera que los jueces procedieron incorrectamente o que los delitos por los que fueron juzgados deban erradicarse del ordenamiento», son otros los motivos por los que se les perdona. La separación de poderes no supone que todos los poderes sean iguales, es el Parlamento el que hace las leyes y los jueces deben cumplirlas, y el Parlamento puede modificar las leyes cuantas veces considere oportuno; el nuestro es un sistema parlamentario. Solo se vulneraría ese principio si se excluyera a los órganos judiciales de la aplicación de la ley: de la plenitud de su función jurisdiccional. En definitiva, el autor ha mantenido cinco décadas la constitucionalidad de la amnistía, bien es verdad que se manifiesta crítico con la oportunidad de la actual proposición y sus contenidos, pero ese es otro problema.

El estudio de Aguado: el silencio constitucional no fue prohibición en nuestra historia. En su estudio sobre el derecho de gracia, César Aguado se planteaba

(2001: 74) las consecuencias de la omisión constitucional de la amnistía. Insiste en que la omisión en los textos constitucionales de la primera mitad del siglo XIX no era debida a la intencionalidad de excluirla ni a que se desconociera su uso, sino a que los constituyentes no establecían diferencias en las formas que pudiera establecer la gracia y existía una cierta «inconsistencia terminológica» en las constituciones, pero no en las normas que la concedían. Desde la segunda mitad del XIX, la distinción se consolida, y ciertamente fue relevante la omisión de la Constitución de la Restauración de 1876, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se promulgó en 1882 consideraba la amnistía un artículo de previo pronunciamiento, junto con el indulto, y se dieron varias amnistías. El silencio constitucional no fue prohibición en la Restauración. Proclamada la República, se dio el mismo día una amnistía típica de un cambio de régimen y solo más tarde se incorporó este instituto en la Constitución. El silencio no fue prohibición tampoco en la II República. En suma —concluye Aguado— que, en nuestro constitucionalismo histórico, la omisión del término «amnistía» en la Constitución no ha sido obstáculo para entender posible su concesión. Me pregunto por qué iba a ser distinta la respuesta en la Constitución de 1978. *Una exégesis adecuada del silencio constitucional en 1978 según Aguado: las prohibiciones son expresas, innecesario no es inconstitucional, la anormalidad de la amnistía, la libertad de configuración del legislador, el legislador no es un ejecutor de la Constitución.* Respecto del alcance de la omisión en el texto de 1978, admite Aguado que muchos penalistas niegan la posibilidad de la amnistía «identificando las amnistías con los indultos generales taxativamente prohibidos por la Constitución» (*ibid.*: 78 y ss.), pero advierte con sagacidad que no sería normal que la Constitución tuviera ya prevista la posible pérdida de efectos de la amnistía en virtud de razones políticas futuras, puesto que la gracia consiste precisamente en una situación de anormalidad. En sentido contrario, y dando validez a ese argumento, quisiera recordar que algunos sostienen ahora que los constituyentes, tras dictar la amnistía de 1977, consideraron que no haría ya falta ninguna otra.

Señala Aguado que el argumento más sólido para sostener que la omisión constitucional impone una prohibición es la regla lógica *a minori ad maius*: si está prohibido expresamente en el art. 62.i CE lo menos (el indulto general), debe deducirse prohibido lo más (la amnistía), pues lo contrario sería incongruente, y atribuye la posición a Cobo del Rosal y Vives Antón. Pero este argumento lo que hace en rigor es interpretar la voluntad del constituyente, presumir su intención sin necesidad de acudir a los trabajos parlamentarios a la búsqueda de una indicación fehaciente, lo que no es un método adecuado para una interpretación originaria. «Sin embargo, salvo inadvertencia nuestra, no aparece citada la amnistía en ningún momento», lo que no puede deberse a un olvido

por la evidente razón de que al tiempo de la elaboración constitucional la amnistía fue dictada para los presos políticos. Si hubiere querido prohibirse la amnistía, se hubiere hecho *expresis verbis*. César Aguado concluye que la verdadera razón del silencio debe buscarse en que se dictaron varias amnistías en ese tiempo (el Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, y la Ley 46/1977, de 15 de octubre) que liberaron presos políticos, por la que la medida pudo considerarse «innecesaria». «Pero tal innecesariedad sobrentendida es muy distinta a sobrentender su prohibición» (*ibid.*: 80). De hecho, no se derogaron ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus alusiones a la amnistía como artículo de previo pronunciamiento y causa de extinción de la responsabilidad penal, como habría sido preciso de existir una prohibición implícita y ni siquiera el debate llegó a producirse.

La amnistía —afirma— es una manifestación de la voluntad del Parlamento, pues «no hay materia alguna en la que, estando la legislación atribuida al Estado, no pueda ser regulada por el legislador», el legislador es «un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución)» (STC 35/1982). El legislador no es un ejecutor de la Constitución y posee una amplia libertad de configuración. La ausencia de previsión constitucional —concluye— es ausencia de limitación constitucional. Me parece una argumentación muy consistente y de plena vigencia.

La excepción de Aragón: la reserva constitucional de jurisdicción solo admite excepciones en la Constitución. No obstante, en el prólogo del libro de Aguado (*ibid.*: 18), Manuel Aragón manifestó —sucintamente— sus dudas sobre la posibilidad de la amnistía en la Constitución vigente, cuestión que consideraba «opinable», pues la separación de poderes lleva a reconocer una reserva de jurisdicción o atribución exclusiva a los órganos judiciales del poder jurisdiccional —afirma— que «sólo puede ser excepcionada si la Constitución ha previsto esa excepción expresamente». Dejaré para más adelante rebatir este reproche, para no perder el hilo conductor.

La opinión de García Mahamut: el aval del derecho comparado y el derecho europeo, la insuficiencia de la aproximación penalista, la paz tras la inseguridad, el valor del derecho comparado, su natural admisión en el Consejo de Europa. En un análisis constitucional del indulto publicado, esta autora se interroga: «La amnistía, ¿prerrogativa de gracia?» (García Mahamut, 2004: 71 y ss.). Afirma que la amnistía es una clemencia de la titularidad del Parlamento y su principal razón de ser ha sido históricamente la «pacificación social», y no únicamente sellar un cambio de régimen, como se ha dicho apresuradamente en nuestros días. Se ha referido frecuentemente a delitos políticos. Igualmente, reseña la oposición de la mayor parte de la doctrina penalista a la amnistía, fundándose en la prohibición de los indultos generales, siguiendo el argumento

de que quien prohíbe lo menos prohíbe lo más. Buscando una interpretación constitucionalmente adecuada, más allá de la aproximación penalista, la autora evidencia que numerosos Estados democráticos de derecho mantienen por mandato constitucional expreso la facultad de dictar leyes de amnistía. Un dato que resulta evidente en las tablas comparativas publicadas por la Comisión de Venecia el 23 de febrero de 2024. García Mahamut analiza la situación en Francia, y en Alemania, donde tampoco la Ley Fundamental nada dice expresamente, y el Tribunal Constitucional alemán ha admitido su constitucionalidad. La doctrina caracteriza allí la amnistía como una ley que concede la impunidad para una pluralidad de casos con unas características comunes y delimitados conforme a tipos como hechos indeterminados. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal incluye entre los motivos legítimos para una amnistía el restablecimiento de la paz jurídica después de un tiempo de grave inseguridad jurídica o anarquía. La misma justificación que invoca la proposición de ley que nos ocupa y que ha admitido como legítima la opinión de la Comisión de Venecia. El debate se ha centrado —asevera— en los límites jurídicos a la amnistía y su ámbito material como límites a la discrecionalidad del legislador. Asimismo, recuerda el Convenio Europeo n.º 70/1970, de 28 de mayo, sobre el valor internacional de las sentencias penales, que evidencia «la naturalidad» (*ibid.*: 80) con la que en el ámbito del Consejo de Europa pueden utilizarse las amnistías con los matices que se quiera, así, el art. 10.3 reconoce a los Estados la facultad de ejercer el derecho de amnistía.

La titularidad de la amnistía por el legislador y no por el jefe del Estado. Volviendo con este bagaje al marco español, García Mahamut resalta que incluso la propia doctrina penalista ya no es unánime, y que varios penalistas sostienen la admisibilidad de la amnistía, aduciendo que la limitación del derecho de gracia no afecta a la ley, sino al jefe del Estado y al Gobierno (*ibid.*: 83). Pero la titularidad de la amnistía no reside en el jefe del Estado, sino en el legislador, y la finalidad de indultos y amnistías no es la misma. El Gobierno que apruebe el indulto estará condicionado por los expresos mandatos legales, pero no el legislador de las amnistías, lo cual no significa que la ley no se encuentre materialmente condicionada por el resto de las normas y principios constitucionales y la cultura del Estado de derecho; así, el principio de igualdad (STC 63/1983, sobre los aviadores de la República) o el principio de proporcionalidad. La omisión constitucional —concluye García Mahamut— no implica la prohibición o inconstitucionalidad.

¿Leyes singulares? Finalmente, la autora considera que las leyes de amnistía deben considerarse «leyes singulares», por su estructura formal, siguiendo a Fosthoff y la Ley alemana de amnistía de 1974 (*ibid.*: 90).

A mi entender, acaso emane de esta monografía la consideración que hace la proposición de ley de 2024 de la amnistía como ley singular. Una aseveración que me pareció discutible un tiempo, pero que he acabado por aceptar tras dudar, puesto que es cierto que son leyes con un colectivo reducido de destinatarios, y que no se aplican a la generalidad de la nación, ni poseen realmente vocación de permanencia, sino una acusada temporalidad; carecen de generalidad y vocación de permanencia. Pero es, sobre todo, ley singular por la excepcionalidad de la situación justificante, que no puede repetirse constantemente.

La monografía de un maestro, Gustavo Zagrebelsky: la validez de la amnistía en un sistema constitucional, la polivalencia del instrumento, un poder del Legislativo, las superiores exigencias de la política general, un mandato de la ley a los órganos judiciales, la indeterminación de los sujetos, subsiste la reprobación, la igualdad no impide normas especiales, el control de la arbitrariedad, la urgencia. Seleccionaré por su importancia la obra de este clásico italiano, que luego sería presidente de la Corte Costituzionale, quien estudió en 1973 los perfiles de la amnistía, el indulto y la «gracia», o, con mejor expresión por su modernidad, la «clemencia» (Zagrebelsky, 1974: 67 y ss.). Muestra el abuso de la gracia en materia penal. Una circunstancia que —recordaré— explica igualmente la prohibición de los indultos generales en el art. 62.i de la Constitución de 1978 ante un Código Penal franquista con penas excesivas y prisiones saturadas, lo que llevaba a indultos generales aleatorios o festivos para descargar la situación carcelaria. El maestro italiano evidencia la polivalencia del concepto de clemencia, que permite un uso encaminado a la personalización de la pena —típico de los indultos parciales—, o, en lo que aquí nos interesa y en cuanto amnistía, es un instrumento dinámico de acción política para superar situaciones precedentes o condenas cuya ejecución se consideran inoportunas. Tras un sesudo estudio histórico de la prerrogativa, las críticas efectuadas por el pensamiento ilustrado, y su evolución, se explicita que ya no es un poder ejercido realmente por el jefe del Estado, sino que la amnistía es un poder del Legislativo (coincide García Mahamut y es una tesis que comparto). Recuerda que el propio Bentham —muy crítico con la gracia— admitía que hay casos en que la pena haría más daño que bien, si la aplicación de la ley determina una crisis. Son, por tanto, motivaciones extrañas al principio de igualdad que llevan a admitir como superiores las exigencias de política general.

La amnistía determina de forma retroactiva una derogación o suspensión de la eficacia de la norma penal *ex post facto* para determinados supuestos de hecho, y es un mandato dirigido a los órganos judiciales. Pero la amnistía deja subsistir la reprobación del autor por la comisión de los hechos (a diferencia de lo que se ha sostenido entre nosotros por algunos que la entienden como una

petición de perdón por parte del Estado). La amnistía entraña una cierta indeterminación de los sujetos a quienes se aplica: una incerteza del ámbito subjetivo de sus potenciales beneficiarios a la hora de la aplicación. Es inevitable siempre un derogación o suspensión del principio de igualdad, ya que solo algunos de los que incumplieron la ley dejan de venir sancionados o ven su situación beneficiada; por eso los casos amnistiados deben reducirse a los indispensables. Pero la igualdad, comprendida desde una dimensión material, no impide al legislador dictar normas especiales para ciertas categorías de personas o situaciones objetivas susceptibles de ser individualizadas según las valoraciones del legislador; lo que supone un juicio de razonabilidad. No obstante, estamos ante una decisión política, «irreversible en sede de justicia constitucional» (*ibid.*: 84). Si bien su justificación puede ser controlada bajo el perfil de la arbitrariedad, ponderando la existencia de una justificación razonable de la diversidad de tratamiento. El criterio básico para diferenciar un uso legítimo de la clemencia de otro que no lo es radica en la existencia de «una situación excepcional y previsiblemente irrepitable» (*ibid.*: 93). Bien es verdad que la excepción y la derogación de la sanción pueden estimular violaciones futuras, por eso la supresión de las sanciones debe ser funcional a los fines previstos por la ley (hoy diríamos una medida necesaria en el juicio de proporcionalidad).

La conciliación entre la amnistía y la igualdad es siempre compleja y se suscitó en la sentencia de la Corte Constitucional n.º 175 de 1971 —recuerda el profesor italiano—, que insistió en el carácter excepcional de la medida, frente al abuso en usos frecuentes, y, si bien no llegó a aclarar la hipótesis justificadora de la clemencia, no estimó como discriminatorias las amnistías «pacificadoras» en situaciones de tensiones sociales y en uso de un poder excepcional y discrecional del Parlamento, frente a las de mera «celebración» de un evento. También la Comisión de Venecia acepta las amnistías pacificadoras.

Mas la amnistía no permite crear discrecionalmente zonas de irresponsabilidad penal; supone un juicio de inoportunidad política de la condena en unos supuestos a juicio del Parlamento, dice Zagrebelsky. La amnistía no es lo mismo que la abrogación de una sentencia, y por eso subsiste el interés del imputado y amnistiado en obtener una sentencia de plena absolución. Cabe incluso la concesión del beneficio previamente a la conclusión de los procesos penales ya iniciados. La exigencia de celeridad es muy relevante y no pueden admitirse tramitaciones especialmente lentas.

Estimo que deben traerse a colación las previsiones de la proposición de ley que nos ocupa (art. 10 del texto aprobado por el Pleno del Congreso el 18 de marzo de 2024) sobre la urgencia en el plazo para dictar sentencia, pues la fijación de unos plazos breves para resolver es otro de los reproches que se hacen a la ley que nos ocupa.

Finalmente, la valoración de la oportunidad política de la amnistía es función del Parlamento. La amnistía es un acto de *indirizo político*, concluye Zagrebelsky. En la misma línea, recordaré que el principal instrumento de la dirección política es la ley.

2. *Naturaleza jurídica: una reconstrucción del dogma.* A modo de conclusión tras esta reconstrucción del dogma siguiendo a diversos autores que he calificado de «descontaminados», me parece que puede sostenerse lo siguiente sobre su naturaleza jurídica. La amnistía se sitúa constitucionalmente entre las fuentes del derecho, es una ley que suspende o deroga otra ley previa, y no se ubica donde lo hacen los habituales análisis de la doctrina penalista, de forma indisociable al indulto. Son cosas muy distintas en su naturaleza constitucional y no es casual que la vieja ley de indulto no se ocupe de la amnistía. La amnistía es un instrumento del legislador en situaciones excepcionales, para resolver graves conflictos políticos y pacificar una comunidad. Es, en abstracto, compatible con el resto del sistema constitucional y no un quebrantamiento de la Constitución misma; otra cosa diferente pueden ser las concretas regulaciones que se adopten. Si bien supone una excepción a la comprensión normal de la igualdad ante la ley, ya que se aprueba por «una ley singular» y excepcional que incorpora normas específicas para situaciones diferentes en virtud de los superiores intereses generales. Entraña una nueva regulación legal —su derogación o suspensión— de los delitos de forma retroactiva y temporal. Así como un mandato a los órganos judiciales, que vienen obligados a aplicar los criterios legales tras una ponderación de las circunstancias de cada caso. En sentido estricto, no es un ejercicio del derecho de gracia por el jefe del Estado, sino de la función legislativa sobre la clemencia. Ahora bien, cualquier amnistía, como todas las leyes, posee límites constitucionales materiales y de procedimiento.

III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA EN ABSTRACTO

Para intentar la equidistancia, separaré los argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de la amnistía, aunque esta metodología suponga pagar el coste —menos grave— de algunas reiteraciones, pues unos y otros motivos se superponen.

1. *Una interpretación constitucionalmente adecuada: las prohibiciones constitucionales deben ser expresas y taxativas en vez de vagas.* El art. 62.i proclama que corresponde al rey «ejercer el derecho de gracia, que no podrá autorizar indultos generales». El precepto reconoce el derecho de gracia, lo que habitualmente se ha pensado que incluye la amnistía como modalidad. Hay, pues, un

reconocimiento genérico de la figura. No se prohíbe expresamente la amnistía, a diferencia de los indultos generales, que es una institución muy distinta, pues la intervención de la ley transforma la naturaleza de la institución. Las prohibiciones constitucionales —como las legales— deben ser taxativas y no pueden extenderse mediante analogía, violando las notas de predictibilidad y certeza en las prohibiciones. Un criterio natural de la interpretación constitucional es que las prohibiciones constitucionales no pueden ser vagas ni inferirse de juicios lógicos, y no pueden extenderse como las normas que reconocen derechos mediante la analogía o un *favor libertatis*. Cosa bien distinta es que puedan deducirse «límites materiales» al contenido de las leyes como consecuencia de la validez de otras normas y principios constitucionales y en virtud de un razonamiento lógico. Pero eso no es una norma constitucional prohibitiva, sino una limitación.

¿Quién prohíbe lo menos prohíbe lo más? *Unos términos heterogéneos de comparación*. En sentido contrario, se ha manejado, especialmente por buena parte de la doctrina penalista (recientemente, Gimbernat, y previamente, los penalistas mencionados), el argumento *a minore ad maius*, indicando que quién prohíbe lo menos (el indulto general) prohíbe lo más (la amnistía). Pero no son dos términos homogéneos de comparación, la diferencia no es cuantitativa, sino cualitativa, o de grado, según se ha razonado. Debemos salir de la vieja situación de indiferenciación y confusión terminológica típica de buena parte del siglo XIX. El indulto es la consecuencia de una ley general previa (la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, que no se ocupa de la amnistía y no predetermina su alcance ni podría hacerlo) y de la tramitación de un procedimiento legal que concluye en un decreto del Gobierno, y su finalidad es personalizar la pena por razones de equidad o justicia. Por el contrario, la amnistía es parte de la función legislativa y el fruto de una ley excepcional que se aprueba en cada ocasión. La especificidad de la fuente del derecho, el rango y la fuerza de ley transforman totalmente la vieja facultad de gracia en un instrumento de perdón o clemencia. Se modifica una ley de manera retroactiva para resolver un conflicto y alcanzar la paz social. No falta quien ha sostenido que manejar la lógica de que lo que no está prohibido está permitido es una filosofía liberal que puede aplicarse a las personas, pero no a los órganos del Estado y a sus normas atributivas de competencia. Pero este argumento olvida que la competencia del Parlamento para aprobar leyes, la función legislativa, es general en nuestra Constitución y no viene tasada (García Roca, 1997: 127-180; 2023a: 135-155).

2. *La competencia general de la ley y el concepto formal de ley abarcan la amnistía*. No existe en nuestro ordenamiento una reserva general de ley para un elenco de materias: el concepto de ley en la Constitución española es

formal⁷. La ley no reclama una habilitación constitucional expresa en cada ocasión para regular un contenido. Existe una amplia libertad de configuración normativa del legislador democrático; también en la selección del objeto, salvo el incumplimiento de previsiones constitucionales que aquí distan de ser evidentes. La amnistía es parte de la ley y de la función legislativa. No es necesario —y sería absurdo— que se previera la amnistía como función del Parlamento en el art. 66 CE, pues supondría la falacia de tomar la parte como el todo: la amnistía es un contenido de la ley. Sería imposible enumerar todas las materias sobre las que la función legislativa se proyecta.

3. *No hubo un debate constituyente sobre la amnistía: el silencio constitucional no es una prohibición, son irrelevantes las enmiendas rechazadas y es imposible reconstruir la voluntad de la Asamblea constituyente.* No hubo un debate constituyente sobre la amnistía que venga recogido en el *Diario de Sesiones*, según ha revisado César Aguado (2001: 79). Pocas conclusiones jurídicas pueden extraerse del debate constituyente. A diferencia del interesante debate que se sostuvo en la Constitución de 1931 con intervenciones, entre otros, de Jiménez de Asúa, favorable a la aprobación de la amnistía por ley y cuyas razones conservan toda su validez. Ciertamente, se presentaron dos enmiendas al texto de 1978 que fueron rechazadas, pero debe insistirse en que no eran enmiendas al citado art. 62.i CE y poco puede deducirse de ellas. Primero, la enmienda presentada por Raúl Morodo al hoy art. 66 CE, que enuncia las funciones de las Cortes Generales, que contenía una mención a otorgar las amnistías, y no fue aceptada. Segundo, la enmienda de César Llorens, que proponía un nuevo artículo donde se limitaran los indultos generales, por quebrar la administración de justicia, y que las amnistías solo pudieran acordarse por ley. No existen razones expresas del rechazo de estas enmiendas y, en consecuencia, no puede colegirse sin duda alguna que supusieran el rechazo de la amnistía misma. Es muy significativo que no se mantuviera la defensa de esas enmiendas en el Pleno. Su aprobación no habría sido técnicamente aconsejable, porque la amnistía puede ser una «potestad» del Parlamento, pero no es una «función parlamentaria» independiente de las funciones representativa, legislativa, de control y financiera y presupuestaría que en ese precepto constitucional se enuncian. No conozco un manual o monografía de derecho constitucional o derecho parlamentario que conciba la amnistía como una

⁷ En esta confusión incurre el voluminoso informe de la Secretaría General del Senado sobre la inconstitucionalidad del dictamen de Pleno del Congreso sobre la proposición de ley de amnistía, que no parece venir fechado, donde se tacha de «relativismo normativo» (p. 22) que la función legislativa pueda proyectarse sobre todo lo no mencionado por la Constitución.

función parlamentaria. Sería un absurdo lógico descomponer la unidad de la función legislativa en infinidad de objetos por razón de la materia.

Por lo demás, existen sendos serios problema de método. Primero, la interpretación constitucional debe buscar normalmente la *voluntas legis* y no la *voluntas legislatoris*. Segundo, el hipotético manejo de una interpretación constitucional fundada en la voluntad del constituyente, los antecedentes históricos, no es obligada siempre y requeriría una reconstrucción de la voluntad del poder constituyente que no parece nada sencilla en una asamblea plural. Es una labor casi imposible en derecho a la vista del silencio del *Diario de Sesiones*. No puede presumirse una prohibición constitucional de la amnistía que se infiere de otra segunda presunción sobre la voluntad de la asamblea constituyente, son demasiadas presunciones. Un método singularmente inapropiado y un razonamiento endeble.

4. *La amnistía puede preverse en la Constitución o en la ley según evidencia el derecho constitucional comparado.* El recurso al derecho comparado se ha convertido en un criterio central de la interpretación constitucional en nuestros días, porque ubica las interpretaciones en la cultura del constitucionalismo, algo idóneo en el actual escenario de constitucionalismo en red. Es evidente en la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que es el tribunal comparatista por excelencia, a la búsqueda de un *common background* europeo, a la hora de calibrar si es posible reconocer un margen de apreciación nacional a los Estados que haga irrevisable la decisión. Pues bien, el uso del derecho constitucional comparado muestra que numerosos ordenamientos prevén la amnistía en la Constitución o en la ley. Un parlamentario europeo, López Aguilar, destaca nueve Estados miembros del Consejo de Europa que contemplan explícitamente la amnistía en la Constitución (Países Bajos, Italia, Dinamarca, Francia, Grecia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, Bulgaria, Finlandia, Croacia), y otros cinco Estados miembros que han aprobado amnistías por leyes sin estar previstas expresamente en sus constituciones (Alemania, Austria, Bélgica, Irlanda y Suecia) (López Aguilar, 2024; también Cámara Villar, 2023-2024: 41). Recordemos, asimismo, que el Reino Unido ha aprobado recientemente una amnistía por los hechos en Irlanda del Norte, con fundamento nada menos que en una convención constitucional, y que ha sido objeto de una demanda entre Estados ante el TEDH por la República de Irlanda, invocando el respeto a los derechos a la vida y la prohibición de malos tratos.

5. *La aproximación comparada de la Comisión de Venecia: la previsión de amnistías en la Constitución, las leyes o las convenciones constitucionales.* Con mayor autoridad, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa se ha aproximado con un método comparado a la amnistía, como suele hacer en muchas

ocasiones en sus opiniones. Así, publicó primero su *Comparative table of constitutional and legislative provisions relating to the amnesty in Venice Commission Member States*, de 23 de febrero de 2024, donde con su habitual exhaustividad se aportan trece páginas de cuadros comparativos: un estudio muy detallado. El resultado es abrumador sobre el número de Estados que contemplan la amnistía desde bases constitucionales, legales o, incluso, a través de costumbres y convenciones en constituciones flexibles. No puedo reseñar por razones de espacio este enriquecedor informe, que no arroja dudas acerca de que la amnistía no es una *rara avis* española ni un instrumento obsoleto e incompatible con la democracia y el Estado de derecho, como se ha dicho apresuradamente en el debate político, aunque sea ciertamente una medida excepcional. Pero excepcional no es extravagante ni inexistente. Cualquier amnistía no viola el Estado de derecho ni la división de poderes.

Una síntesis de esos cuadros comparados la ha hecho (párrafos 39-57) la propia Comisión de Venecia en su mencionada *Opinion on the Rule of Law requirements of amnesties with particular reference to the parliamentary bill on the Organic Law for the institutional, political and social normalization of Catalonia*, de 18 marzo de 2024. Todos los ordenamientos encaran instrumentos para condonar las penas de manera individual o general, condicionada o no. Las dos formas principales de gracia son la amnistía y el indulto. Las amnistías han sido aprobadas en situaciones de cambios de régimen, o después de períodos conflictivos con el propósito de restaurar la paz social. La amnistía cae dentro de la actividad del Parlamento y puede dictarse antes de que los procesos penales comiencen o en cualquier estadio ulterior. Supone una exención de la aplicación de las leyes penales sobre la base de criterios abstractos que aplican los órganos judiciales, y revoca la responsabilidad penal de los condenados, cancelando las sentencias y el cumplimiento de las penas. «La amnistía se prevé explícitamente en las constituciones de la mayoría de los países que hemos considerado», pero en algunos es una convención constitucional. En ausencia de normas constitucionales sobre la amnistía, «un número de países la consideran aceptable», la han dictado en diversas ocasiones y la reconocen en sus legislaciones (la Comisión enumera doce Estados). Leyes generales relacionadas con la amnistía están en vigor en varios países, algunos de los cuales no tienen previsiones constitucionales. La competencia para dictar amnistías corresponde al Poder Legislativo. Con frecuencia, son necesarias mayorías cualificadas o la aprobación de ambas Cámaras. Un número de países limitan la amnistía por razón de los delitos o del respeto al derecho internacional y, en particular, a los derechos humanos. La práctica de la amnistía revela que muchos ejemplos están relacionados con acontecimientos políticos. Francia dictó una amnistía tras la independencia de Argelia, y otras

relacionadas con las tensiones separatistas en Nueva Caledonia y Guadalupe. La Comisión Venecia extrae algunas conclusiones principales: el Parlamento debe tener un papel o intervención relevante, la medida debe tener una finalidad limitada, y suele estar relacionada con acontecimientos políticos, viniendo excluida para ciertos delitos.

En suma, que las Cortes Generales aprueben por ley orgánica una amnistía, en ausencia de previsión constitucional expresa, no se descuelga de la situación en la red del derecho comparado. La competencia para dictar amnistías es constitucional en abstracto, también porque las normas constitucionales comparadas de los países de nuestro entorno, las tradiciones constitucionales comunes, lo permiten. Otra cosa es que existan mayores dosis de seguridad jurídica o certeza normativa cuando existe una previsión constitucional. Pero ese no es el modelo español ni el de otros muchos Estados. La aprobación de una amnistía no requiere de una reforma constitucional, por más que la Comisión de Venecia lo estime «preferible» ante la intensidad de la controversia (párrafo 93).

6. La historia del constitucionalismo español: el silencio constitucional no fue prohibición. La amnistía no es un argumento ignoto en nuestra tradición constitucional. Insistiré en que hemos tenido nada menos que dieciocho amnistías de 1832 a 1918 con la finalidad de alcanzar la tranquilidad del país (Linde Paniagua, 1976: 84). Además, la Unidad Popular impulsó una amnistía para los hechos ocurridos en Cataluña el 6 de octubre de 1934, llevó la iniciativa en su programa electoral y fue dictada en 1936; también con fuerte oposición política, al igual que ahora. Sin embargo, nuestras constituciones históricas silenciaron la institución, salvo las constituciones de 1869 y 1931, sin que nunca se entendiera que existía una prohibición expresa. La tradición abona un entendimiento del silencio constitucional que no lo equipara a una prohibición. Cabe desde luego ponderar que fueron muy distintos los contextos constitucionales de esas otras amnistías históricas, pero esta matización no lleva a orillar la relevancia de su existencia. De tiempo en tiempo, puede haber conflictos políticos que merezcan olvidarse.

6. La opinión generalizada y descontaminada de los primeros comentaristas avala la constitucionalidad. Respecto del valor de la doctrina científica en una interpretación de una Constitución abierta a la comunidad de sus intérpretes, en el epígrafe anterior se ha reseñado la opinión generalizada y descontaminada de los primeros comentaristas de la amnistía en la Constitución, desde hace dos décadas, y que han ratificado luego en estudios posteriores, y era claramente favorable a la constitucionalidad de la medida. También se ha expuesto la elaboración doctrinal, de parte general del derecho constitucional, sobre la naturaleza de esta institución, siguiendo la documentada monografía

de Zagrebelsky (1974), como un instrumento con múltiples formas para resolver controversias políticas y alcanzar la pacificación según una decisión del legislador.

7. *Sería un absurdo lógico que fueran inconstitucionales las amnistías dictadas en la transición y antes de la Constitución.* Si la amnistía fuera inconstitucional, lo serían también las amnistías operadas en la transición por el Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, y la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre, sendos iconos de nuestra transición a la democracia. Pues deberían considerarse, bien derogadas, en aplicación de la cláusula derogatoria general (disposición derogatoria tercera), por oponerse a lo establecido en la Constitución, bien inválidas en virtud de una «inconstitucionalidad sobrevenida»: no podrían prolongar sus efectos inconstitucionales leyes viejas aprobadas conforme al ordenamiento preconstitucional. Es, sin embargo, un debate que ni siquiera tuvo lugar en el desarrollo constitucional. Por el contrario, tras la Constitución, aquellas amnistías se modificaron varias veces y el Tribunal Constitucional las utilizó en sus sentencias sin realizar reparos de constitucionalidad. La constitucionalidad de estas dos disposiciones de la transición a la democracia evidencia la inconsistencia de la tesis contraria a la clemencia y muestra dos ejemplos de amnistías de cuya legitimidad democrática hoy no se duda, pese a que algunos partidos tampoco las votaron. La amnistía por delitos de intencionalidad política fue en la transición una vía excepcional pensada para la reconciliación, y puede volver a pensarse con la misma finalidad. Algunos autores han desechado la validez lógica de ese argumento, sosteniendo que tales amnistías no podrían venir derogadas por la Constitución en virtud de lo previsto en el art. 9.3 CE, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, lo que supuestamente haría imposible derogar una amnistía. Esta réplica es forzada. Es ilógica la pretensión de congelar las amnistías en un ordenamiento jurídico: una nueva consagración de la obsoleta tesis de los derechos adquiridos. La invalidez sobrevenida de una ley es un problema distinto y previo al de la selección de la ley aplicable o al de la retroactividad.

8. *La amnistía no viola la igualdad ante la ley, sino que la excepciona en supuestos excepcionales en virtud de un interés general.* Ha sido frecuente argüir que la amnistía supone una violación de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y una lesión de la tutela judicial efectiva. Pero ambos argumentos no son ciertos. La igualdad ante la ley reclama tratar igualmente situaciones de hecho iguales. Mas nada impide que el legislador diferencie situaciones de hecho que no son iguales —no es obligada una igualdad por indiferenciación—, si se advierten razones que permiten racionalmente diferenciar los supuestos de hecho conforme a criterios objetivos. Puede haber leyes singulares en sus

destinatarios, medidas y regulaciones, porque la Constitución asume también un concepto de igualdad real o material (art. 9.2 CE) que pone en relación la igualdad con las diferencias en las situaciones de hecho y no solo una igualdad formal o normativa (art. 14 CE). La ley puede libremente ponderar que los incumplimientos de las leyes por algunos dirigentes independentistas, que eran representantes —guste o no— de muchos millares de ciudadanos que les votaron y compartían sus opiniones —fueron incluso mayoritarios en el Parlamento de Cataluña—, y que realizaron actuaciones ilegales encaminadas a ejercer un supuesto «derecho de decisión», sin dejar de haber sido graves delitos y lesiones de la Constitución, puedan ser exonerados posteriormente mediante una amnistía como manifestación de una clemencia que facilite el diálogo político y la vuelta al Estado de derecho. Un olvido o voluntad de reconciliación. La situación objetiva y las actuaciones que la ley amnistía albergan rasgos políticos y representativos muy específicos que pueden ser libremente ponderados por el legislador a la hora de seleccionar los fines. Cosa distinta es la eficacia futura de la medida, aspecto sobre el que pueden albergarse posiciones diferenciadas y cabe ser escéptico. Si bien es una controversia que solo las Cortes Generales como órgano representativo pueden decidir.

9. La amnistía no lesiona la tutela judicial efectiva, puesto que la ley se aplica y decide por los órganos judiciales: no caben leyes autoaplicativas. Menos aún se lesiona la tutela judicial efectiva, porque la aplicación de la amnistía no puede hacerse mediante un listado en la ley de los concretos beneficiados, sino únicamente estableciendo unos criterios objetivos en cláusulas generales que interpreten y apliquen los órganos judiciales, singularizando los beneficiarios. Así entendida la medida, y no cabe otra fórmula que sea constitucional, la amnistía por definición no puede violar la tutela judicial. Primero, porque deja en las exclusivas manos de los jueces su aplicación —o inaplicación— y las condiciones mediante una ponderación motivada. Segundo, porque el sistema de sucesivos recursos judiciales internos permitirá asegurarse de la regularidad jurídica del pronunciamiento, revisando la legalidad de la decisión en la instancia. Tercero, porque los órganos judiciales que alberguen dudas sobre la regularidad de la ley podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial y cuestionar la adecuación a la Constitución y al derecho de la Unión de la ley de amnistía. Cuarto, tampoco se lesiona la eficacia de cosa juzgada de las sentencias firmes, porque, si la ley en aplicación de la cual se dictó el pronunciamiento judicial desaparece, suspendiendo o derogando la pena en ciertos casos, lo hacen también la habilitación y la razón de decidir de la sentencia. Quinto, porque los efectos de la amnistía se determinarán por los órganos judiciales. La desaparición de la ley con carácter general —lo que no es una abrogación de una concreta sentencia— es un motivo de revisión. Sexto,

no puede en propiedad hablarse de inejecución de sentencia y lesión de la tutela judicial efectiva cuando desaparece la ley conforme a la que la resolución judicial se dictó y, desprovista de cobertura legal, se inicia un proceso de revisión.

10. *El Tribunal Constitucional ha aceptado implícitamente la amnistía.* No existe un solo pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional que impida adoptar leyes de amnistía por ser en abstracto una facultad inconstitucional (entre otros muchos, Cámara Villar, 2023-2024: 38). Al contrario, las SSTC 63/1983, 147/1986 y 73/2017, entre otras, definieron la amnistía como excepcional y anularon sendas amnistías —laboral y fiscal—, pero no porque nuestro ordenamiento constitucional rechace de plano la amnistía en todas sus variantes, sino, respectivamente, por lesionar la seguridad jurídica y aprobarse por decreto ley. Si la amnistía hubiera sido inconstitucional, previsiblemente tales sentencias y otras habrían declarado la inconstitucionalidad de las leyes enjuiciadas por la falta de competencia del legislador para aprobar amnistías en vez de revisarlas.

11. *Los estándares convencionales e internacionales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión de Venecia no entienden que la amnistía sea contraria al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino que la someten a límites.* En el actual escenario de pluralismo de constituciones, el control de constitucionalidad debe cerrar sus espacios abiertos con una interpretación conforme y abierta al sistema del Convenio, al que no repugna cualquier tipo de amnistía. En efecto, el TEDH, en *Margus contra Croacia*, de 27 de mayo de 2014, acepta la amnistía «en determinadas circunstancias», como parte de «un proceso de reconciliación», si no existieron graves violaciones de derechos humanos, matizando una línea de jurisprudencia previa algo confusa (párrafo 73, opinión de la Comisión de Venecia). La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 2010, párrafo 17, establece como excepción a la prohibición de que el Legislativo invalide las decisiones judiciales *amnesty, pardon or similar measures*. Con claridad, la Opinión 710/2012 de la Comisión de Venecia, sobre los prisioneros políticos en la Ley de Amnistía de Georgia, de 8 y 5 de marzo de 2013, no cuestionó esa «elección política» de los representantes, pero aseveró que una ley de amnistía debe cumplir con ciertos principios propios del *rule of law*: legalidad (transparencia), prohibición de arbitrariedad, no discriminación e igualdad ante la ley. En suma, en ningún caso, ambos órganos del Consejo de Europa han entendido que las leyes de amnistía violen frontalmente el Estado de derecho, la igualdad ante la ley y la separación de poderes. Otro argumento improcedente que se ha manejado en el debate político.

IV. LOS REPROCHES DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. *¿Es la ausencia de un anclaje constitucional expreso una prohibición?* Es manifiesto que la Constitución no menciona la amnistía y que eso genera cierta inseguridad jurídica. Pero ya he razonado que el silencio constitucional no equivale a una norma prohibitiva. Nunca fue así en nuestra historia constitucional. Con mayor gravedad, según la teoría de las normas constitucionales, cada una de ellas demanda un tipo diferente de interpretación según su específica estructura normativa. Las prohibiciones en derecho deben ser expresas y no pueden derivarse de inferencias lógicas con grave inseguridad jurídica, generando una especie de prueba diabólica: ¿cómo estaría seguro el legislador de una interdicción que no se prohíbe formalmente? Existe un acusado principio de taxatividad y certeza también respecto de las normas supralegales. Una constitución es un conjunto de límites a la libertad de configuración normativa del legislador y no un —imposible— programa de actuaciones. La amnistía es un contenido de la función legislativa que es expresión de la dirección política. Otra cosa es que los contenidos de un concreto ejercicio de la amnistía por ley deban cumplir con las normas y principios constitucionales, pero evidenciar su transgresión requerirá esfuerzos añadidos y no puede presumirse. Algunos defienden que el silencio constitucional supone un rechazo, porque la amnistía viola los principios constitucionales, presunción que no se demuestra, en un manifiesto salto en el razonamiento, deduciendo la prohibición de los supuestos efectos nocivos (Ramos Tapia y Ruiz Robledo, 2023: 10), lo que es una argumentación viciada. Según estos autores, la amnistía requiere una previsión constitucional expresa y no es un ejercicio de la función legislativa, mas no se justifica que la amnistía sea una función parlamentaria independiente. Otros esgrimen también que para que pueda haber amnistía tiene que estar autorizada expresamente en la Ley Fundamental (Aragón, 2024: 67). Pero la Constitución no maneja la técnica de una pluralidad de reservas de ley específicas por razón de la materia.

2. *¿A minore ad maius: una prohibición implícita?* Se ha defendido, por el contrario, la existencia de una «prohibición implícita» (Tajadura, 2024: 96; Gimbernat, 2024: 75) y que el silencio constitucional obliga a interpretar si la amnistía está o no permitida en toda la Constitución o pugna con los principios constitucionales. Así, se afirma que un órgano político como son las Cortes Generales no puede eliminar retroactivamente los efectos de un delito que estaba vigente cuando el Poder Judicial lo aplicó (Aragón, 2023-2024: 10; 2024: 66). Es sorprendente, sin embargo, que no se advierta que la ley es la fuente principal del derecho en una democracia representativa y no solo una decisión que expresa dirección política. El argumento más usado consiste en

sostener que si se prohíbe lo menos, los indultos generales, debe, asimismo, prohibirse lo más, las amnistías, siguiendo una inferencia lógica. Pero la estructura de una norma constitucional prohibitiva no permite su extensión por analogía, juega, por el contrario, una taxatividad semejante a la del principio de legalidad. Indulto y amnistía son modalidades de clemencia muy heterogéneas en sus fines y lógicas. No se puede extender al Parlamento una prohibición que se establece para el Gobierno que viene sometido a la ley (coincide Martín Rebollo, 2024: 116). La poderosa intervención de la ley en una democracia representativa, deduciendo la primacía de un interés general en la clemencia, ubica el problema entre las fuentes del derecho y transforma la naturaleza de la herramienta, que no es semejante a un indulto general. Por eso, con mejor técnica el art. 102 de la Constitución de 1931 afirmaba que las amnistías «sólo podrán ser acordadas por el Parlamento».

3. *La necesidad de una reforma constitucional para su aceptación.* De forma semejante, se ha insistido en que la incorporación de la amnistía requeriría en su caso una reforma constitucional (Ramos Tapia y Ruiz Robledo, 2023; 2024). Una especie de inconstitucionalidad por omisión, que ya es de por sí una técnica hartó problemática. Un argumento, la necesidad de la reforma constitucional, que hizo suyo el informe de los letrados de las Cortes Generales adscritos a la Comisión de Justicia del Congreso sobre la proposición de ley⁸, de forma asertiva, sin apenas motivación, y luego, *in extenso*, el informe antes mencionado de la Secretaría General del Senado. La reforma de la Constitución no puede negarse que aclararía el lugar de la amnistía en esta, prohibiendo o incorporando este instrumento, si la reforma fuera una fuente del derecho accesible en nuestra realidad. Pero no estimo que sea un corolario ineluctable de una supuesta inconstitucionalidad por omisión que no se demuestra más allá de sugerir dudas de constitucionalidad. La duda no funda un vicio que desvirtúe la intensa presunción de constitucionalidad de la ley. Tampoco estamos ante una «mutación» indebida de la Constitución, un quebrantamiento, porque ya se han expuesto las numerosas razones compartidas de todos los comentaristas descontaminados que, por el contrario, consideraron permitida la amnistía por las disposiciones escritas de la Constitución.

⁸ Observaciones técnicas a la proposición de Ley Orgánica de amnistía, de 10 de enero de 2024. De forma asertiva, afirma: «La proposición plantea dudas de que pueda tener cabida en la Constitución, de manera que debiera ser articulada a través del procedimiento de reforma constitucional». Por el contrario, es un estándar de la jurisdicción constitucional que la mera duda no acredita un vicio de inconstitucionalidad ni una obligada habilitación para iniciar la reforma constitucional. No es un argumento de recibo.

También la opinión de la Comisión de Venecia sobre dicha proposición (párrafo 93) afirma que sería «preferible», *when the time is ripe*, a la luz de la viva controversia, que se regulara esta cuestión mediante una reforma constitucional.

Me pregunto si la Comisión de Venecia es consciente —seguro que sí— de que la reforma de la Constitución solo se ha hecho en España desde 1978 en dos cuestiones abiertas al derecho de la Unión y en una tercera muy evidente: actualizar la referencia constitucional del art. 49 CE a los «minusválidos», sustituyéndola por «personas con discapacidad». Pero, para cuestiones controvertidas y complejas, la reforma de la Constitución es inaccesible actualmente en todos los terrenos y también en este por la proverbial falta de acuerdos parlamentarios. Esperar a una reforma constitucional para dictar una amnistía es hacerla imposible: bloquear la reforma. No habrá un momento oportuno ni se espera, por las mismas razones que no hemos sido capaces de revisar la Constitución en cuatro décadas en cuestiones centrales del modelo. El argumento a favor de la reforma constitucional se sitúa fuera de la historia, no es una interpretación realista y efectiva, sino ilusoria, por usar palabras habituales del TEDH.

4. *¿Admite la reserva constitucional de jurisdicción solo excepciones en la propia Constitución?* Manuel Aragón ha manifestado sus dudas sobre la posibilidad de la amnistía en la Constitución vigente. Una cuestión que primero consideraba «opinable» y luego ha afirmado que no lo permite la Constitución (2001: 18; 2024: 65). Sostiene que la separación de poderes lleva a reconocer una reserva de jurisdicción o atribución exclusiva a los órganos judiciales del poder jurisdiccional que «sólo puede ser excepcionada si la Constitución ha previsto esa excepción expresamente». Un argumento consistente.

Sin embargo, nuestro modelo no es el de una «separación de poderes» rígida y obsoleta, sino una «división de poderes» flexible, donde la jurisdicción es un concepto que no puede ser entendido sin la sujeción a la ley de la cual es un derivado lógico y cronológico. No existe jurisdicción alguna solo desde la Constitución y sin la interposición de una ley previa. Pues es una función que consiste en aplicar las leyes que pueden libremente ser modificadas, derogadas o suspendidas de forma retroactiva por una amnistía. Con carácter general, el legislador —y no la Constitución—, ha dicho el Tribunal Constitucional, determina las normas relativas a la competencia jurisdiccional (STC140/2018, de 20 de diciembre, sobre la regulación de la jurisdicción universal). La ley delimita necesariamente cualquier jurisdicción. También las leyes que establecen tipos penales o los modifican, como las leyes de amnistía, y esto no es una excepción a la reserva de jurisdicción en la Constitución, sino una delimitación de su alcance. Este obstáculo de la reserva de jurisdicción no es

insuperable, pero es acaso el más sólido reproche de constitucionalidad de los que se han hecho. No obstante, amnistiar es una labor imposible sin una ley previa que suspenda o derogue la norma anterior, no es una función jurisdiccional revestida de forma de ley, por más que su aplicación reclame la colaboración de una ley y una pluralidad de sentencias.

5. ¿Exceso o desviación de poder del legislador? Se ha recordado también (Delgado Barrio, 2023) que el art. 9.3 CE garantiza la interdicción de la arbitrariedad «de los poderes públicos», incluido el legislador, imputando una ausencia de justificación racional o un abuso de la discrecionalidad en la ley de amnistía. Leibholz ligó en los años veinte la arbitrariedad a la igualdad y al control de constitucionalidad. Pero la Constitución no prohíbe las amnistías, y las elaboraciones doctrinales sobre la desviación de poder o el exceso de poder respecto del legislador democrático distan de estar acabadas en su construcción, son meras intuiciones, y no hay claros precedentes jurisdiccionales en su aplicación. La idea de desviación de poder se construyó por la doctrina (entre otros, Chinchilla Marín, 2004) y la jurisdicción contencioso-administrativa en otro contexto: se proyecta sobre los reglamentos y actos de las Administraciones públicas, ya que están positivamente vinculados a los fines que las leyes señalen, pero ese no es el caso de las leyes que libremente seleccionan sus fines (discuten la exclusión Atienza y Ruiz Manero, 2000).

Asimismo, la doctrina italiana ha hablado del exceso de poder legislativo, en los años cuarenta y cincuenta (Rodríguez Zapata, 1983: 1540 y ss.), como un motivo de incompetencia, si, por ejemplo, se invade la reserva de jurisdicción. Pero la tesis no puede llevar a defender que la Corte Constitucional se pronuncie sobre el *merito*, la oportunidad política o conveniencia de las leyes enjuiciadas, porque eso no sería un control normativo de constitucionalidad: el control de legitimidad constitucional excluye cualquier control de valoración política.

En definitiva, el debate se ha reconducido al juicio de proporcionalidad. Por el contrario, el control de la legitimidad del fin asumido por el legislador democrático como fase del juicio de proporcionalidad, que es la herramienta que usan las dos jurisdicciones europeas y la generalidad de las jurisdicciones constitucionales, no puede ser muy intenso según todas las construcciones doctrinales y los estándares jurisprudenciales⁹. Es reiterada la jurisprudencia

⁹ Puede consultarse, entre otros muchos, Bernal C. (2007). Como excepción, Cruz Villalón (2023-2024: 59) parece decantarse por un control de proporcionalidad, ligado al de arbitrariedad, en circunstancias excepcionales, como insinúa es esta amnistía, si bien admite que en los pocos países que podría hacerse «no ocurre con el beneplácito de todo el mundo». No comparto ni la tesis ni su aplicación. Me temo

en este sentido del TEDH, que suele reconocer un margen de apreciación nacional. La doctrina del Tribunal Constitucional es deferente con el legislador, y más aún con la ley penal, al aplicar el principio de proporcionalidad (Lascuraín, 2024: 191). La ley no es omnipotente, pero puede seleccionar libremente fines muy diferentes, cual es la oportunidad política de una amnistía, haciendo un juicio de valor y respetando la primacía de la Constitución. Es una decisión que solo puede dictar el Parlamento en una democracia representativa y un Estado de derecho, que es, en primer lugar, sujeción a la ley dentro de la Constitución.

Se ha esgrimido que es notorio que los fines que realmente la ley pretende son ser la contrapartida de la consecución de siete votos en la investidura y que esta defensa de un interés privado haría arbitrarios los fines de la concreta ley (Martín Rebollo, 2024: 118). Me pregunto si la ocasión coyuntural de la que surge el acuerdo parlamentario invalida los fines que la ley proclama con alcance general como justificación, y si no son compatibles uno y otro objetivos, y no creo pueda aceptarse que sea un interés estrictamente privado permitir una investidura y la gobernabilidad del Estado.

La imbricación entre interdicción de arbitrariedad y proporcionalidad nos lleva al subprincipio de adecuación y a la pregunta sobre la ausencia de alternativas menos dañinas para conseguir los mismos fines generales que parece preocupar a la Comisión de Venecia. No falta quien cree que este juicio de proporcionalidad en sentido estricto es demoledor, pues esta amnistía política —se afirma— acumula excepción sobre excepción; pero, asimismo, se admite que erigir este juicio en canon de constitucionalidad y llegar a un control en profundidad puede exceder de la labor de un juez y requiere de una jurisdicción constitucional muy consolidada (Cruz Villalón, 2023-2024: 58). Me temo que no es muy robusto el estado de salud de nuestro Tribunal Constitucional, por la pobre selección de sus magistrados, y una sentencia, previsiblemente divididos sus miembros, sobre una polémica amnistía no contribuiría a mejorarlo.

6. ¿Amnistía sin consenso? Son muchos los que piensan que la amnistía no promueve la reconciliación, sino una profunda división de la sociedad española y las instituciones, lo que parece que es un hecho. Incluso se ha producido por primera vez un intento de *impasse* legislativo entre las dos cámaras, dado que el Senado ha amenazado con presentar un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales, e intenta no tramitar tempestivamente la ley por

que una operación de cirugía a corazón abierto tan arriesgada en un caso difícil produjera un impacto en la jurisdicción constitucional tan grave como la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña.

cualquier medio, incluida una reforma del Reglamento. La propia Comisión de Venecia formula este reproche al reclamar su aprobación por amplias mayorías cualificadas. Tal división es preocupante y estamos ante un serio argumento político y moral. Se ha dicho con sensatez que los dos argumentos más consistentes en contra de la ley son políticos: la necesidad de alguna contrapartida de los principales beneficiados, una garantía de no repetición (frente a afirmaciones como «lo volveremos a hacer»), y un acuerdo de no beligerancia con el principal partido de la oposición (Martín Rebollo, 2024: 114). Pero no advierto que estas condiciones configuren un vicio de inconstitucionalidad. Las mayorías para la aprobación de las leyes dependen de cada constitución nacional, como fuente de fuentes, y la propia opinión de la Comisión de Venecia evidencia que son posibles diversas soluciones comparadas (párrafo 62). La amnistía modifica el Código Penal y afecta a la libertad personal (art. 17 CE), y debe hacerse por ello mediante una ley orgánica. Este tipo de ley se aprueba por mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81.2 CE). La Comisión de Venecia destaca, sin embargo, que es una tendencia comparada frecuente la exigencia de su aprobación por ambas cámaras, o por mayorías cualificadas de 2/3 o 3/5, pero nuestra Constitución reclama solo mayorías cualificadas para la reforma constitucional y no para las leyes. Es difícil no admitir la sensatez de la recomendación, pero no advierto que sea un motivo de inconstitucionalidad. Son muchas las leyes polémicas y controvertidas y no por ello devienen inconstitucionales ni se espera una mayoría cualificada para aprobar el matrimonio homosexual, la eutanasia o el aborto por plazos o antes por indicaciones. No menos polémica fue la amnistía dictada en 1936. Es verdad que es cada vez más imprescindible la consecución de acuerdos parlamentarios en este y otros asuntos, pero los buenos deseos no son necesariamente vicios de inconstitucionalidad.

7. *¿Es la amnistía arbitraria porque viola la igual sujeción de todos ante la ley?* A juicio de algunos, la igualdad ante la ley impediría que a unos españoles se les aplique la ley y a otros no (Aragón, 2024: 66). Sin embargo, ya se ha razonado que el legislador es libre de concluir que la situación de hecho de los representantes populares durante un serio y prolongado conflicto político en el que cometieron delitos con una intencionalidad política no es objetivamente igual a la de los ciudadanos ordinarios que incumplen las leyes por motivos privados. El legislador puede pensar que perdonar pacificará las cosas y contribuirá al diálogo y la vuelta al Estado de derecho, según admite la opinión de la Comisión de Venecia, que reconoce un margen de apreciación nacional (párrafo 80). Cabe razonablemente dudar que la medida legal arregle por sí misma el conflicto, claro está, pero solo las Cortes Generales pueden valorarlo

y no puede sustituirse su juicio. Tampoco puede separarse la medida de otras herramientas en una estrategia de negociación y diálogo. Es, sin embargo, cierto que una amnistía legal establece un régimen jurídico singular, pero este diferente trato normativo no es un privilegio inconstitucional por discriminatorio, si la clemencia obedece a intereses generales.

8. *¿La interdicción de autoamnistías?* No estamos ante una «autoamnistía» en el sentido estricto con el que manejan la expresión la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para vedar la figura. Pues ni el contexto es una dictadura ni ha habido graves crímenes contra la humanidad según el derecho internacional ni contra el derecho a la vida y la prohibición de tortura que intenten convertirse en impunes por sus autores y gobernantes ni se ha impedido la investigación de tales delitos. La Corte Interamericana ha admitido amnistías en ciertos contextos que buscan la paz¹⁰. Nada hay de extravagante o ilegítimo en un compromiso parlamentario que alcanza la mayoría absoluta del Congreso y sostiene la voluntad de siete grupos parlamentarios por más que pueda resultar polémico. El compromiso es el corazón del principio republicano, porque no hay otra forma de gobernar desde la representación política. Por otro lado, la amnistía se dictará, aplicando los criterios legales, por órganos judiciales independientes tras resolver sus dudas de constitucionalidad y convencionalidad, lo que impide la impunidad.

9. *¿Afecta la amnistía a la división de poderes y es arbitraria porque viola la autoridad de los jueces y tribunales?* La proposición de ley no amnistía a nadie, no es una ley «autoaplicativa», ya que recoge unos criterios abstractos, una delimitación objetiva y temporal de la amnistía y unas exclusiones, que deben aplicar en cada caso con razones y ponderaciones los órganos judiciales. Así, p. ej., solo los jueces y tribunales podrán determinar la existencia o no de un delito de terrorismo, que venga excluido de la amnistía, interpretando el amplísimo y controvertido tipo que establece el Código Penal (art. 573), que recoge numerosos bienes protegidos y desliga el terrorismo de la finalidad política y la existencia de una estructura organizativa, así como la directiva europea al respecto, ambos condicionados en exceso desde 2015 por la experiencia del terrorismo islámico. Hay, pues, una reserva de jurisdicción. Si esos criterios legales no fueran proporcionados (alguna recomendación ha hecho la Comisión de Venecia), y por ello resultaran inconstitucionales, solo el Tribunal Constitucional podría estimarlo, y, desde luego, los órganos judiciales podrán elevarle sus dudas mediante cuestiones de inconstitucionalidad. Del mismo

¹⁰ Puede leerse el trabajo de un antiguo secretario de la Comisión, Santiago Canton (2007), «Leyes de amnistía. Víctimas sin mordaza. El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica».

modo, cabe el planteamiento de cuestiones prejudiciales. No se excluye, en suma, a los órganos judiciales de la aplicación de la amnistía, sino todo lo contrario, y, por ello, no puede sostenerse que viole la división de poderes, aunque la ley ciertamente suponga un régimen jurídico excepcional y singular diverso al ordinario o general. La amnistía es, por definición, una excepción.

Finalmente, pero no en importancia, la proposición de ley no se ocupa de comisiones de investigación ni pide que fiscalicen las actuaciones judiciales, que, es verdad, sí han sido discutidas en el Parlamento (véanse los párrafos 38, 109 a 118 y 126 de la opinión de la Comisión de Venecia). Según las atribuciones de estas comisiones parlamentarias sobre concretos procesos o si se pidiera la comparecencia de los jueces para someterse a control, me parece que podrían ser una medida contraria a la Constitución y al derecho europeo. Una amenaza externa a la independencia judicial según advertencias del Consejo de Europa y la recomendación de dicha Comisión.

10. *¿Se producen las amnistías en el contexto habitual de un cambio de régimen? ¿Proceden solo frente a un derecho injusto?* Algunos han entendido que una amnistía entraña la superación del régimen constitucional de 1978, e invocando el ejemplo de la amnistía de 1977 al salir de la dictadura. La amnistía equivaldría para ellos a una descalificación de la Constitución y de los tribunales; muchos jueces y magistrados comparten esta tesis. Pero es una maniobra exageración. Las amnistías no tienen un único supuesto de hecho habilitante que limite la discrecionalidad del legislador, y, desde luego, no lo tienen en la Constitución. La monografía de Zagrebelsky ilustra las razones por las que la amnistía es una herramienta multifuncional, que adopta diversas formas y supuestos. Con consolidada autoridad, la Comisión de Venecia evidencia en su opinión el uso en muchos países de «amnistías pacificadoras» ante graves conflictos y en delitos con intencionalidad política. Amnistiar es olvidar, perdonar, mostrar clemencia; no reprocha necesariamente la validez de los tipos penales que se modifican ni, desde luego, descalifica por arbitrarias las sentencias que los aplicaron. Una lectura política sesgada que no emana del derecho. No me parece correcto sostener que «la amnistía solo procede frente a un derecho injusto» (Aragón, 2024: 67), porque la afirmación toma la parte, un posible supuesto, por el todo, y nada de esto se dice en la proposición de ley controvertida.

11. *Un procedimiento razonable de decisión.* La Comisión de Venecia, en su Opinión de 18 de marzo de 2024, nos ha recomendado (párrafos 78-79) que las amnistías que buscan la reconciliación política deben aprobarse sin prisas y mediante procedimientos adecuados, inclusivos y participativos, y con adecuadas dosis de consenso para no frustrar su finalidad. Algo que el Tribunal Europeo llama un «procedimiento razonable de decisión» al ocuparse del

margen de apreciación nacional. Se ha criticado, en primer lugar, que se tramitara como una proposición de ley presentada por dos grupos parlamentarios y no como el proyecto de ley que en realidad era, eludiendo las garantías que establece la ley del Gobierno, con la finalidad de evitar los informes consultivos del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado. Segundo, que se tramitara en el Congreso por el procedimiento de urgencia, condicionadas las cosas por la urgencia de la investidura, lo que no parece un trámite adecuado a una modificación normativa de esta gravedad ni facilita un procedimiento inclusivo de las minorías. Es difícil oponerse a la razonabilidad de estas críticas y no lo haré. Pero la realidad de las cosas ha enturbiado la validez de estos reproches. Comparto la idea de que presentar proyectos de ley gubernamentales como proposiciones de ley puede considerarse un fraude a la ley, un rodeo a las garantías que predetermina acertadamente la ley del Gobierno, que estimo que se incardina en los arts. 87 y 105 CE, y podría llegar a configurar un vicio de inconstitucionalidad de procedimiento, y es una mala práctica muy extendida. Sin embargo, las muy discutibles SSTC 128/2023 y 15/2024 han negado la inconstitucionalidad de esta irregularidad o defecto. Además, en la realidad de las cosas, el Senado ha pedido un informe al Consejo General del Poder Judicial, que ha emanado —muy dividido y con la abstención de su presidente— un informe crítico con la proposición, de manera que el informe consultivo se ha producido. Por otra parte, la calificación de la propuesta como urgente por el Gobierno no ha impedido que su tramitación en el Congreso se demorara en sucesivas votaciones ni que el Senado modificara los arts. 133 y 182 de su Reglamento el 18 de noviembre de 2023 para que la mesa pueda revisar la urgencia proclamada por el Gobierno cuando se trate de proposiciones de ley, difiriendo su tramitación del plazo habitual de dos meses, una modificación también de discutible constitucionalidad. La proposición se va a tramitar en el Senado por el procedimiento ordinario. En suma, no está habiendo urgencia alguna en la aprobación, sino una ceremonia de la confusión y un obstruccionismo parlamentario. En definitiva, si la proposición se aprobara, no es evidente que estas irregularidades determinaran la invalidez de la proposición por un vicio de inconstitucionalidad de procedimiento —o de inconventionalidad— como sostiene el informe de la Secretaría General del Senado, haciendo, por demás, un juicio de constitucionalidad pleno y no el habitual juicio liminar, un exceso que lo aproxima a una función jurisdiccional. Pero debe aceptarse que una ley excepcional como es una amnistía aconseja acusadas garantías de procedimiento. No obstante, esta mala práctica que deberíamos abandonar es antigua, porque recordaré que nada menos que la reforma constitucional del art. 135 CE ya se hizo en 2011 por el procedimiento de urgencia y en lectura única, y ya entonces lo reproché.

V. CONCLUSIONES

Advierto más peso en la críticas políticas o de legitimidad a la amnistía que en los reproches jurídicos a su constitucionalidad por supuestamente venir prohibida implícitamente. Unas críticas que no permiten vaciar la poderosa función legislativa de las Cortes Generales en la que la amnistía se integra. La intervención de la ley transforma la naturaleza de la amnistía y ubica el problema entre las fuentes del derecho, lejos del indulto, que dicta el Ejecutivo, y es otra herramienta muy heterogénea. El silencio constitucional no equivale a una prohibición implícita y no puede razonarse por analogía en el art. 62.i CE. En nuestra historia constitucional, el silencio no impidió las amnistías y hay numerosos precedentes. El debate constituyente no se recoge en el *Diario de Sesiones*, y, en consecuencia, no se puede reconstruir la voluntad de la constituyente ni pueden colegirse prohibiciones implícitas de las enmiendas rechazadas. La reforma constitucional no es ineluctable. El derecho comparado recoge la práctica de la amnistía con o sin previsión constitucional. La amnistía en abstracto no viola ni el Estado de derecho ni la división de poderes ni la tutela judicial ni la igualdad ante la ley, pero es un derecho excepcional que debe tener límites materiales. Por eso el debate parlamentario debió ser muy distinto y centrarse en los concretos contenidos de la ley, orillando el dramatismo: en particular, la amplitud y definición del ámbito objetivo y temporal de aplicación de la ley; la suspensión de medidas cautelares; la identificación del terrorismo como delitos excluidos, o el procedimiento razonable de aprobación. Pero esto ya sería otro artículo.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2001). *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Madrid: Civitas.
- Aragón, M. (2001). Prólogo. En C. Aguado Renedo. *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Madrid: Civitas
- Aragón, M. (2023-2024). Los problemas constitucionales de la proposición de ley de amnistía. *El Cronista*, 108-109, 10-13.
- Aragón, 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). Madrid: Colex.
- Atienza, M. (2018). *La guerra de las falacias. Cómo hacer frente a los malos argumentos en la esfera pública*. Buenos Aires: Bdef.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder*. Madrid: Trotta.

- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cámara Villar, G. (2023-2024). La amnistía ante el silencio de la Constitución. *El Cronista*, 108-109, 36-41.
- Chinchilla Marín, C. (2004). *La desviación de poder*. Madrid: Civitas.
- Cruz Villalón, P. (2006). *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cruz Villalón, P. (2023). Constitución menguante. *El País*, 21-9-2023. Disponible en: <https://encr.pw/ETOAu>.
- Cruz Villalón, P. (2023-2024). Primeras consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley de amnistía. *El Cronista*, 108-109, 56-59.
- Delgado Barrio, J. (2023). Una amnesia arbitraria. *Diario del Derecho*, 26-10-2023. Disponible en: <https://encr.pw/xHAi3>.
- Díaz Revorio, J. (2024). Una valoración de la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. *Diario LA LEY*, 10422, 10-1-2024. Disponible en: <https://acese.dev/5hsMu>.
- García Mahamut, R. (2004). *El indulto. Un análisis jurídico constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- García Roca, J. (1997). *La decostruzione della legge del Parlamento. Profili di Diritto Parlamentare in Italia e in Spagna, a cura di Giancarlo Rolla e Eleonora Ceccherini*. Torino: Giappichelli.
- García Roca, J. (2023a). *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Civitas.
- García Roca, J. (2023b). Democracia representativa y amnistía. *El País*, 1-12-2023. Disponible en: <https://acese.dev/lqwUN>.
- Gallardo, B. (2018). *Tiempos de hipérbolo. Inestabilidad e interferencias en el discurso político*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gimbernat, E. (2024). Indultos generales y amnistías. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho* (pp. 75-86). Madrid: Colex.
- Innenarity, D. (2020). *Una teoría de la democracia compleja*. Barcelona: Gutemberg.
- Khaitan, T. (2022). On scholactivism in constitutional studies: skeptical thoughts. *International Journal of Constitutional Law*, 20 (2), 547-556. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moac039>.
- Lascuráin Sánchez, J. A. (2024). ¿Amnistía? No una sino tres preguntas. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho* (pp. 195-198). Madrid: Colex.
- Linde Paniagua, E. (1976). *Amnistía e indulto en España*. Madrid: Tucur. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.2.1978.7967>.
- Linde Paniagua, E. (1979). Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Político*, 2, 55-69.
- Linde Paniagua, E. (2024). *La amnistía y el indulto en la encrucijada*. Madrid: Edisofer.
- López Aguilar, J. F. (2024). Legislación UE vs. indultos y amnistías en el enredo nacional. *Es Noticia*, 8-2-2024. <https://encr.pw/QRANv>.

- Martín Rebollo, L. (2024). Amnistías, amnistía y Constitución. (Sobre la reciente proposición de la Ley de amnistía). *El Cronista*, 108-109, 114-119.
- Ramos Tapia, I. y Ruiz Robledo, A. (2023). ¿Se olvidó la Constitución de la amnistía? *Diario LA LEY*, 10345, 11-9-2023. Disponible en: <https://11nq.com/dZPG4>.
- Ramos Tapia, I. y Ruiz Robledo, A. (2024). Si el Gobierno quiere amnistiar a Puigdemont debe reformar la Constitución. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho* (pp. 79-86). Madrid: Colex.
- Rodríguez-Zapata, J. (1983). Desviación de poder y discrecionalidad del legislador. *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1527-1553.
- Tajadura Tejada, J. (2024). Estado constitucional y amnistía. En M. Aragón, E. Gimbernat y A. Ruiz Robledo (dirs.). *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho* (pp. 95-101). Madrid: Colex.
- Tetlock, P. y Garner, D. (2015). *Superforecasting: the art and science of prediction*. New York: Crown.
- Zagrebelsky, G. (1974). *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*. Milano: Giuffrè.
- Zagrebelsky, G. (2023). *Tempi difficile per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*. Bari-Roma: Laterza.