

LA AMNISTÍA: CUESTIONES CONSTITUCIONALES

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Francesc de Carreras Serra *

I. EL CONTEXTO POLÍTICO-JURÍDICO

Hace unos meses, de repente, surgió en el debate político y jurídico español la cuestión de la amnistía. Este súbito interés no puede entenderse si no se contempla desde su contexto: un creciente desbordamiento de nuestra democracia constitucional y una acelerada erosión de las instituciones políticas en los últimos cinco años.

No nos entretendremos en todo ello pues nos impediría tratar, por cuestión de tiempo, del tema de la amnistía que es el que pretendemos abordar. En otros trabajos recientes hemos explicado el itinerario que nos ha conducido a la actual situación, entre ellos el que se publica en el último número de «El Cronista» que se presenta a continuación de esta sesión académica¹.

Sólo señalar dos precedentes escandalosos desde el punto de vista de la normalidad constitucional. Primero, la negativa del PP a la renovación del Consejo General del Poder Judicial desde hace más de cinco años, alegando una razón injustificable: que para proceder a la reelección antes se cambie el

* Sesión del día 20 de febrero de 2024.

¹ *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, monográfico sobre «La Constitución de 1978 cumple 45 años», núm. 108-109, diciembre de 2023 – enero 2024. Contiene numerosos artículos dedicados al tema de la amnistía. Dos libros sobre el indulto que hacen referencia a la amnistía: C. Aguado, *Problemas constitucionales en el ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001, con un significativo prólogo de M. Aragón; R. García Mahamut, *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

modo de elegir los miembros del Consejo. Segundo, los visibles esfuerzos para asegurar una mayoría de magistrados en el Tribunal Constitucional vinculados de una u otra manera al Gobierno y a reformar determinadas leyes bajo presión de los nacionalistas con el objetivo de complacerlos. Me refiero obviamente a los indultos en junio de 2021 a los condenados por el *procés* y a las reformas del Código Penal de finales de 2022, especialmente la supresión del delito de sedición y la modificación del delito de malversación. Todo tramitado y aprobado en las cámaras de forma improvisada y precipitada.

Así pues, con estos antecedentes, tras las elecciones generales de 23 de julio de 2023, para obtener el apoyo a la investidura de Pedro Sánchez se plantea la necesidad de la amnistía a los responsables de los delitos derivados de los hechos del *procés*. Sin duda había otras opciones para formar Gobierno, en especial un amplio acuerdo entre el PSOE y el PP, pero el líder socialista, prisionero de sus orígenes y de sus promesas, no tenía otro camino que repetir las alianzas parlamentarias que le sostienen en el Gobierno desde la moción de censura de 2018.

Por todo ello, en la noche electoral del 23 de julio había más euforia en la sede del PSOE que en la del PP, a pesar de que este último era el partido que había obtenido más votos y más escaños, a notable distancia del primero. Pero la política de bloques tiene sus exigencias y ya se daba por hecho que el próximo presidente sería otra vez Pedro Sánchez que en aquella misma noche dijo con claridad la razón: «somos más»; refiriéndose no a sus diputados sino a la suma de los de su bloque.

Quizás lo que no calibraron con exactitud los socialistas, por ignorancia o por ingenuidad, es el precio que deberían pagar a sus socios nacionalistas, vascos o catalanes, para obtener su apoyo en la investidura. Ahí están los pactos con estos partidos, formulados por escrito (excepto en el caso de Bildu), que serán de muy difícil aplicación por subvertir el orden constitucional y poner en riesgo nuestro sistema político. Pero en todo caso, estaba claro que la primera exigencia sería la amnistía, para permitir, entre otras cosas, que Puigdemont, el ex-presidente catalán, prófugo de la justicia y exiliado en Bruselas, pudiera regresar a España sin pasar por la cárcel.

Así pues, ya en la noche electoral comenzó a circular el término amnistía, inaceptable hasta entonces como de imposible encaje constitucional por el PSOE, como había repetido muchas veces Pedro Sánchez. Todavía el mismo Salvador Illa, líder de los socialistas catalanes, negaba al día siguiente de las elecciones que los socialistas nunca aceptarían la amnistía como requisito para apoyar la investidura de su candidato socialista. Todo se haría, según él, en el marco de la Constitución.

Sin embargo, a partir de aquellos primeros momentos, las posiciones fueron evolucionando hacia una mayor flexibilidad y, mucho más adelante, en un comité federal de fines de octubre, cuando ya la dirección socialista había digerido la inevitabilidad de aceptar la amnistía para formar gobierno, el propio Pedro Sánchez proclamó que «había que hacer de la necesidad, virtud», una manera de confesar la necesidad de los siete votos de Junts para conformar una mayoría, justísima pero mayoría, que permitiera la investidura de Pedro Sánchez.

Así Junts, con siete escaños, algo menos de 400.000 votos, quinto partido en Cataluña en las últimas elecciones generales (por detrás del PSC, Sumar PP y ERC, por orden de votantes), y con su presidente sin haber sido juzgado –ni, por consiguiente, haber pisado la cárcel como algunos de sus compañeros nacionalistas, incluso de su mismo partido–, se ha convertido en el pivote decisivo de la gobernabilidad. En efecto, Puigdemont, con gran habilidad y audacia, ha sabido jugar bien sus escasas pero imprescindibles cartas y desde entonces atornilla cuanto puede al gobierno de coalición PSOE-Sumar.

La amnistía, en todo caso, ha sido la puntilla, la gota que colma el vaso, del desgaste institucional anterior. Quizás por eso resulta para muchos, –entiéndase, para muchos socialistas– difícil de aceptar y pone en duda la responsabilidad del PSOE como partido con capacidad de gobierno porque su planteamiento de dividir España en dos bloques le imposibilita establecer pactos de Estado tan importantes como fueron los Pactos de la Moncloa en 1977; la misma Constitución en 1978; la LOAPA, después Ley del Proceso Autonómico, de 1983; los Acuerdos Autonómicos de 1992; o el Pacto Antiterrorista del año 2000 frente a ETA, extensivo al terrorismo de raíz islamista tras los atentados de Atocha el 11-M de 2004, mediante acuerdo entre PSOE y PP en mayo de este mismo año.

Pero ahí se acabaron los pactos, no hubo ninguno más, ni se establecieron las condiciones para efectuarlo. En 2017 se eligió por segunda vez como secretario general a Pedro Sánchez con un programa cuyo aspecto estratégico central era pretender el pacto entre las izquierdas populistas y los partidos nacionalistas, fueran o no de izquierdas, excluyendo en todo caso al PP. Ello se materializó en la moción de censura de 2018 que dio la presidencia a Pedro Sánchez

Se trataba de una estrategia política cuyo precedente lo encontramos en el Gobierno tripartito catalán (PSC-ERC-IC desde 2003 a 2010), que ya excluía cualquier acuerdo con el PP según lo establecido en el Pacto del Tinell. Esta estrategia conducía indefectiblemente a una España polarizada en dos bloques confrontados: una vuelta a las dos Españas del período republicano y la guerra civil. Fue el comienzo de un muy importante giro, hasta hoy irreversible, en la política española.

II. ARGUMENTOS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA AMNISTÍA

El debate jurídico sobre la amnistía ha sido intenso desde el primer momento. Ya en agosto pasado se publicaron en los periódicos algunas opiniones a favor y en contra². A partir de septiembre y en los meses siguientes hasta hoy, ha sido, sin duda, el tema jurídico estrella, especialmente entre expertos en derecho constitucional, administrativo, penal e, incluso, internacional y comunitario³. Estas disputas se han centrado muy poco en el articulado de la proposición de ley y, en cambio, mucho más, en su cabida dentro del marco constitucional.

En las primeras reflexiones sobre la constitucionalidad de la amnistía tuvo mucho peso la posición basada en el argumento *a minore ad maius* al comparar la amnistía con los indultos generales: si la Constitución excluye expresamente los indultos generales (art. 62i CE), es decir, lo menos, con mayor razón prohibirá lo más, es decir, la amnistía.

La debilidad del argumento se basa, a mi parecer, en que el indulto es una institución jurídica de naturaleza distinta a la amnistía: mientras el indulto se limita a reducir la pena tras cumplir el condenado una parte de la misma, la amnistía elimina el delito con efecto retroactivo, es decir, se considera a efectos jurídicos que el amnistiado no ha cometido ilícito penal alguno. Por tanto, indulto y amnistía, al ser de naturaleza distinta, no les resulta aplicable tal argumento.

También ofrece dudas utilizar el principio de igualdad para descalificar la amnistía por ser inconstitucional. Como se sabe, la igualdad es un principio relacional y debe encontrar siempre un término de comparación: ¿cuál es este en el caso de la amnistía? ¿las relaciones con los demás amnistiados respecto de los perseguidos por otros delitos o bien respecto a los ciudadanos en general? No es fácil identificar claramente el término de comparación que puede generar desigualdad.

Quizás esta desigualdad se encuentre incluida en la interdicción de la arbitrariedad (en especial, en el carácter de ley singular de la ley de amnistía) de la que hablaremos más adelante y que me parece, junto con el aparente silencio de la Constitución, uno de los argumentos más concluyentes para deducir que la amnistía no cabe en nuestra ley fundamental. Vayamos, pues, a exponer estos dos grandes argumentos.

² Véase, a favor, PÉREZ ROYO, J., «Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía», *eldiario.es*, 2 de agosto de 2023; en contra, ARAGÓN, M., «La Constitución no permite la amnistía», *El Mundo*, 29 de agosto de 2023.

³ Véase, M. ARAGÓN, E. Gimbernat, A. Ruiz Robledo (directores), *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho*, Colex, Madrid, 2024. Más de setenta artículos publicados en prensa sobre la amnistía.

a) El presunto silencio de la Constitución

El primero, el presunto silencio de la Constitución respecto al término amnistía.

Efectivamente, la palabra amnistía no es citada expresamente en la Constitución, ni tampoco otro término asimilable a la misma. Pero este aparente silencio es significativo: si el constituyente hubiera querido constitucionalizar la amnistía hubiera hecho mención de la misma junto con el indulto, así fue en otras constituciones españolas (por ejemplo las de 1869 y 1931), o extranjeras, las actuales de Francia, Italia y Portugal, entre muchas otras. En definitiva, hubiera podido figurar en la Constitución de 1978 pero no fue así. ¿Por qué?

El conocido método de interpretación de la *voluntas legislatoris*, hoy ha perdido peso respecto a otros métodos, y es bastante difícil aplicarlo cuando los preceptos escritos van adquiriendo antigüedad. Además, respecto a la Constitución, es muy complicado e inseguro averiguar la voluntad del constituyente, la manifestada a lo largo de la elaboración de la Constitución, desde la ponencia constitucional, que actuaba de forma reservada, hasta los debates del Congreso y el Senado, en comisiones y en pleno, hasta la aprobación última de las Cortes Generales y la ratificación por referéndum. Ciertamente, dos parlamentarios de grupos distintos intentaron introducir enmiendas que fueron rechazadas, pero no se explicitan claramente los motivos⁴.

Ahora bien, es una falacia sostener que al no incluirse la amnistía de forma expresa en la Constitución, o al no estar expresamente prohibida, el legislador es libre de regularla con total libertad. Ello no es así: puede ser que no esté autorizada y prohibida «expresamente» pero también puede ser que lo esté de forma tácita. Veamos.

¿En qué consiste una amnistía? Se define con bastante exactitud en la exposición de motivos de la actual proposición de ley: «Toda amnistía se concibe como una figura jurídica dirigida a excepcionar la aplicación de normas plenamente vigentes, cuando los actos que hayan sido declarados o estén tipificados como delito, o determinantes de cualquier otro tipo de responsabilidad, se han producido en un contexto concreto». Resumiendo, y con intención de aclarar el término, se trata de que determinadas normas vigentes no se aplican, con carácter excepcional, a determinados hechos y a las personas responsables de los mismos.

⁴ Véase, RAMOS TAPIA, I., y RUIZ ROBLEDO, A., «¿Se olvidó la Constitución de la amnistía?», *Diario La Ley*, 10345, 11 de septiembre de 2023.

En definitiva, la amnistía es la derogación excepcional y singular de la aplicación de una ley vigente para un caso determinado. Ahí quedan afectados todos los grandes principios de un Estado de derecho constitucionalizados en el artículo 9.3 CE: seguridad jurídica (imprevisibilidad), legalidad (ley singular⁵), responsabilidad patrimonial (daño a terceros), irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad.

¿Puede ser que una competencia tan aplastante, tan subversiva del Estado de derecho, más bien propia del concepto de soberano de Carl Schmitt según el cual lo es aquél que decide en un estado de excepción (y la amnistía siempre es una excepción)? ¿Puede ser que la amnistía no esté recogida en la Constitución, tal como lo está el indulto, figura también excepcional y singular, a la que precisamente por estar reconocida en la Constitución nadie le pone reparos de inconstitucionalidad? Todo nos indica que es muy raro que no figure en la Constitución y las sospechas de inconstitucionalidad por esta razón ya son muchas.

Pero estas sospechas se convierten en certezas si leemos, simplemente, el inciso primero del artículo 117.3 CE: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (...)». A la vista está que la palabra clave, a nuestros efectos, es «exclusivamente».

Ahí queda reflejado un principio básico del Estado de derecho que tampoco está explícitamente mencionado en el texto constitucional pero que se concreta, entre otros, en este precepto: la separación de poderes o, con una expresión más precisa en este caso, la separación de funciones o de potestades. Y queda claro que el ejercicio de la potestad jurisdiccional reside «exclusivamente» en el poder judicial, en los jueces y magistrados, no en ninguno de los demás poderes, ni en el legislativo ni en el ejecutivo. Sin el «exclusivamente» podríamos tener dudas, pero con este término es evidente que la Constitución no autoriza que se incluyan los demás.

En efecto, en la Constitución hay reserva de ley (de los diversos tipos de ley), no hay reserva de reglamento (aunque aquí habría que introducir algunos matices que para nuestros fines no son necesarios) pero hay reserva de jurisdicción⁶. En este precepto está perfectamente expresado lo último: «juzgar

⁵ Véase, MONTILLA MARTOS, J. A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994. Una puesta al día del libro, con referencia a importantes cambios jurisprudenciales recientes, en J. A. MONTILLA MARTOS, «Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2017. También, P. RODRÍGUEZ PATRÓN, «La ley singular como categoría. de acuñación jurisprudencial; una nueva aproximación a su particular significado y problemática», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017.

⁶ Véase MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, especialmente pp. 27-30 y todo el cap. II. Un inteligente comentario a este libro, J. L. Requejo, *Revista Española de Derecho Constitucional* (REDC), núm. 28, 1990.

y hacer ejecutar lo juzgado» es competencia exclusiva del poder judicial con la sola excepción del indulto.

Ya hemos mencionado al indulto, señalando que es de naturaleza distinta a la amnistía porque implica la facultad del Gobierno de acortar las penas una vez se haya empezado a aplicar la sentencia, lo cual supone inmiscuirse en las facultades judiciales de ejecución de las mismas. Por esta razón, por esta injerencia en competencias judiciales, sólo la Constitución puede autorizar esta excepción del indulto, cualquier otra norma de rango inferior que lo regulara, debería ser declarada inconstitucional.

Por ejemplo, si el indulto no figurara en la Constitución y se aprobase una ley de indulto idéntica o similar a la actualmente vigente, debería ser declarada inconstitucional por ser contraria a este artículo 117.3 CE, como sería también el caso de la actual proposición de ley de amnistía en el supuesto de ser aprobada. Y en el caso de que el indulto no fuera autorizado por la Constitución, la vetusta ley de indulto, vigente desde 1870, habría sido expulsada de nuestro ordenamiento por la disposición derogatoria tercera de la Constitución («quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución») en el mismo momento en que esta entró en vigor, exactamente el 29 de diciembre de 1978, de acuerdo con la literalidad de su disposición final.

En conclusión, no hay silencio de la Constitución en lo referente a la amnistía, hay una referencia implícita que desautoriza su regulación por las Cortes Generales. Sólo mediante una reforma constitucional podría subsanarse.

b) La vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad

El segundo gran argumento que me lleva a pensar que la amnistía no cabe en la Constitución es que la proposición de ley, en caso de ser aprobada, viola el principio de interdicción de la arbitrariedad constitucionalizado en el artículo 9.3 CE.

Dos advertencias previas. Primera, en derecho los principios constitucionales adolecen de un grado de concreción muy notable, superior incluso a los principios generales del derecho a los que atribuye eficacia el artículo 1.4 del Código Civil. Por tanto, deben ser tomados *cum grano salis*, es decir, no pueden utilizarse alegremente para resolver un determinado conflicto

jurídico sino que necesitan una argumentación reforzada para encontrar su significado y poder ser aplicados debidamente⁷.

Segunda, el principio de interdicción (sinónimo de prohibición) de la arbitrariedad es muy especial, de un carácter distinto a los demás grandes principios del Estado de derecho enunciados en este artículo 9.3 CE porque el término arbitrariedad tiene un significado opuesto al término derecho y, por tanto, no necesita justificación alguna que el derecho prohíbe la arbitrariedad y, en cierta manera, podríamos considerar que su inclusión en la Constitución es superflua por innecesaria⁸. Sin embargo, en mi opinión el principio ha resultado muy útil: crecientemente respetado por el legislador, acogido en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, sobre todo en materias de derecho administrativo ocasionó en los años 90 un vivo y fructífero debate doctrinal⁹ al distinguir lo arbitrario de lo discrecional.

Como hemos dicho, la arbitrariedad es lo contrario al derecho, es la pura fuerza coactiva ejerciendo sin límites la voluntad propia, sea esta cual sea. El Diccionario de la Lengua Española de la RAE la define así: «Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho». El *Diccionario del español jurídico*, dirigido por nuestro compañero Santiago Muñoz Machado, amplía y precisa el ámbito de esta definición: «Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado sólo por voluntad o capricho de su autor, sin un razonamiento suficiente y sin explicación bastante de las razones en que se basa o careciendo estas de cualquier fundamento serio»¹⁰.

⁷ Véase, BELADIEZ, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994. Véanse también las matizadas reflexiones sobre la eficacia de los principios en la presentación de J. A. SANTAMARÍA PASTOR al libro dirigido por él mismo, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.

⁸ La razón de que este principio se hubiere incluido en la Constitución es de naturaleza doctrinal. Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *Revista de Administración Pública (RAP)*, num. 124, 1991. También, MARTÍN-RETORTILLO, L., *Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Akal, Madrid, 1984.

⁹ Véase, FERNÁNDEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994; PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, 1994. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995. Otros juristas intervinieron también en el debate. Un excelente balance crítico en BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995. Menos estudiado es el principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador, precisamente la cuestión que nos interesa de forma más explícita. Véase, FERNÁNDEZ, T. R., *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998. Mucho más tarde, T. R. FERNÁNDEZ retomó el tema, primero en *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2009; y más adelante, en *Arbitrario, arbitrare, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Iustel, Madrid, 2015.

¹⁰ En el mismo *Diccionario del español jurídico* (Real Academia de la Lengua – Consejo General del Poder Judicial, editado por Espasa, Barcelona, 2016), se define el principio interdicción de la arbitrariedad en la p. 958: «Principio recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que estima contrario a derecho cualquier decisión de los poderes públicos que carezca de fundamento suficiente, infrinja principios a los que deben estar sometidas las potestades públicas, incurra en manifiesto error de hecho o esté adoptada de acuerdo con

Si Max Weber definió al Estado como «monopolio legítimo de la fuerza», y el Estado democrático es la fuerza legitimada por la participación popular, la arbitrariedad es lo contrario al Estado democrático: es la fuerza legitimada únicamente por la voluntad de quien dispone de la misma.

Nuestro Tribunal Supremo, para sostener que un poder es arbitrario, ha utilizado calificativos tales como caprichoso, incoherente, desproporcionado y falto de toda justificación razonable. Es decir, lo contrario de un poder jurídico, es decir, limitado: el que establece que los hombres deben someterse a la leyes y no a los otros hombres, como ya sostuvo Solón, en la Grecia antigua, antes de Pericles, y después tantos otros hasta hoy¹¹. Pero en nuestro ordenamiento no está legitimada cualquier ley: dado que nuestro Estado es una democracia constitucional, sólo son válidas aquellas leyes que tienen cabida en el marco de la Constitución.

Además, hay que hacer notar que el artículo 9.3 CE extiende la prohibición de arbitrariedad a «todos» los poderes, es decir, la interdicción alcanza no solo al ejecutivo y al judicial, sino también al legislativo, precisamente como manifestación de nuestra democracia constitucional, aunque la intensidad frente a cada uno de ellos es distinta debido a su diferente naturaleza. Mientras el judicial está absolutamente sometido a la ley (porque los jueces no son elegidos por el pueblo y este sometimiento absoluto a la ley –aunque tengan margen para interpretarla– es la razón de su legitimidad democrática), el ejecutivo, es decir el Gobierno y la Administración, tienen un considerable margen de discrecionalidad, entendiendo por discrecionalidad aquel ámbito determinado por las leyes en el que están dotados de poderes propios para desarrollarlas y ejecutarlas.

Es razonable, siguiendo esta argumentación, que el legislativo tenga un margen de discrecionalidad todavía mucho más amplio respecto a la Constitución, debido al carácter abierto de muchos de sus preceptos y la legitimidad democrática directa de los parlamentos que aprueban las leyes, lo cual otorga una deferencia al legislador parlamentario para que pueda considerar que dichas leyes gozan, en principio, de presunción de constitucionalidad, lo cual exige del Tribunal Constitucional, para basar su decisión sobre si son o no constitucionales, una argumentación exhaustivamente razonada.

¿Cómo se acredita la arbitrariedad de un acto administrativo, de un reglamento o de una ley? Fundamentalmente en su motivación, es decir, en la justificación de su contenido. La ausencia de motivación determinada ya de

razonamientos inaceptables por su incoherencia, por no considerar otras opciones más favorables o porque conducen a resultados absurdos».

¹¹ La amnistía es una figura jurídica que proviene de antiguo. Véase, SÁNCHEZ, V. M., *Amnistía, imperio del Derecho y Exilio en el arcotado de Solón (594 a. C.)*. *La institución de la amnistía en el mundo griego antiguo*, Tecnos, Madrid, 2018.

antemano su arbitrariedad. Pero aún cuando exista motivación, debe distinguirse entre una motivación únicamente formal, es decir, meras palabras que sean simplemente una apariencia de motivación en la que se excluya la justificación del contenido de la norma, y no una verdadera motivación, es decir, la que justifica el mandato que la norma supone de acuerdo con criterios racionales y razonables, argumentando de qué manera respeta el principio de igualdad y por qué es proporcionada al objetivo que quiere conseguirse sin desviarse del mismo. En definitiva sin cometer exceso de poder ni desviación de poder.

Lo arbitrario, pues, es lo no justificado, lo discrecional siempre está debidamente justificado. Todo ello, por supuesto, dentro de los límites establecidos por la norma de rango superior. Si no es así, el acto o la norma pueden ser tachados de arbitrarios y, por consiguiente, ser declarados nulos o anulables.

Sentadas sumariamente estas premisas, ¿dónde debemos encontrar la justificación adecuada para que consideremos la proposición de ley de amnistía como una regulación discrecional (y por tanto legítima), o bien arbitraria (y en consecuencia ilegítima) por ser contraria a la Constitución? La respuesta es clara: básicamente en la exposición de motivos de la proposición, en el debate parlamentario y en lo que se deduce de las circunstancias políticas que han determinado la proposición. Ahí podremos comprobar si estos argumentos son racionales y razonables, respetuosos con los principios de igualdad ante la ley y de proporcionalidad, y coherentes con la finalidad pretendida.

Aportemos algunas acotaciones dispersas sobre ciertos rasgos de esta exposición de motivos (bastante más extensa que la parte dispositiva) con el fin de averiguar si justifica la proposición de ley.

Empieza la exposición de motivos por definir el concepto general de amnistía que se quiere regular. En sustancia, como ya hemos visto antes, sostiene que una amnistía es una excepción a la aplicación de la legislación vigente (y que no suspende su vigencia) para eximir a determinadas personas de su responsabilidad penal, administrativa y contable, tras haber cometido determinados hechos en un determinado contexto temporal y personal; esta excepcionalidad solo puede justificarse si la medida va encaminada a perseguir un interés general consistente en superar y encauzar conflictos políticos y sociales, buscar una mejor convivencia y la integración de diversas sensibilidades políticas.

Las leyes son, en principio, generales, y las leyes singulares son la excepción que debe motivarse con argumentos reforzados para que esté justificada, además de precisar con exactitud su ámbito personal de aplicación. Ninguna de estas condiciones se cumple en este caso para que sea considerada como ley singular, hay una gran indeterminación en los hechos y en las personas que pueden resultar afectadas, como después se comprueba en el articulado y, por tanto, se deja un amplio espacio para que la ley sea aplicada de forma arbitraria.

Al respecto cabe decir que las razones, los argumentos razonables que siempre tiene que suministrar el legislador (también el poder ejecutivo y el judicial) son inexistentes porque no responden al supuesto de hecho los hipotéticos amnistiados (o al menos sus dirigentes sin que los demás hayan dicho lo contrario) que no han dado muestras de ningún tipo de arrepentimiento ni siquiera de aceptar su responsabilidad como causantes y protagonistas de los hechos que han dado lugar a decidir amnistiarlos, sean estos procesados, condenados o huidos de la Justicia. Al contrario, siguen diciendo que la culpa de lo sucedido en el triste otoño de 2017 es de las «fuerzas represivas», naturalmente del Estado, y que ellos ejercieron sus legítimas libertades «nacionales» y que lo seguirán haciendo.

Por tanto, no hay ningún indicio para pensar que la tan repetida finalidad de buscar el interés general, la convivencia, la cohesión social, dar comienzo a una nueva etapa de paz y armonía tras finalizar otra muy conflictiva («un período de grave perturbación», se dice) y que la finalidad de la amnistía es apostar «por un futuro de entendimiento, diálogo y negociación entre las distintas sensibilidades políticas, ideológicas y nacionales», no hay –repetimos– el menor indicio de que todo esto tenga visos de realidad e, incluso, da la impresión que ni siquiera el grupo parlamentario del PSOE que presenta la proposición tampoco confía en ello.

Por otro lado, las leyes singulares –la exposición de motivos afirma que se trata de una ley singular– exigen una condiciones que no se cumplen: ni se precisa su ámbito personal, sino al contrario se deja indeterminado y confuso, ni se justifica, y ni siquiera se intenta justificar, el extraño ámbito temporal al fijar la misteriosas fechas del 1 de enero de 2012 y de 13 de noviembre de 2023. Supongo que alguien habrá calculado los delitos y demás infracciones administrativas y contables perpetradas entre estas dos fechas, pero no hay motivo alguno que las justifique. No se cumplen, por tanto, ni de lejos, los requisitos exigidos en la STC 166/1986, la de que deben tratarse de «supuestos únicos o sujetos concretos». Al contrario, no hay justificación motivada a pesar de que la exposición de motivos menciona tal sentencia y tales requisitos.

También hay una sorprendente y solapada alusión a la denominada desjudicialización de la política al sostener que las Cortes Generales asumen la vía de esta proposición «para abordar desde la política un conflicto político». Es decir, no se habla de delitos sino de conflicto político, no se habla ilegalidades y desobediencia al derecho, todo es política y en la política no deben intervenir los jueces. Exactamente una lección de lo que no es un Estado democrático de derecho, una sospecha de que se quiere emprender una deriva en sentido contrario.

También llama mucho la atención la tergiversación, mediante falsedades y ocultaciones, que efectúa la exposición de motivos en su apartado IV sobre

la admisión de la amnistía por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se trata de sentencias siempre referidas a la aplicación del decreto de 1976 y la ley de 1977, preconstitucionales pero válidas y vigentes, sin valor alguno como precedente de una eventual amnistía posterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

También son ofensivas a la inteligencia jurídica las frívolas alusiones a las constituciones históricas españolas en las que la amnistía estaba incluida en la Constitución como si ello vinculara de alguna manera a que la actual, por ese pasado histórico, aún sin ser mencionada, también debería considerarse incluida. De igual manera se argumenta que si en algunos países europeos la amnistía figura en la Constitución ello es una razón para considerar que, a semejanza de estos países, en España también debe considerarse incluida.

En fin, ya he anunciado que sólo recogería algunas notas dispersas acerca de una exposición de motivos que nada justifica y, por tanto, evidencia que esta proposición de ley es un texto que vulnera de forma exorbitante el principio de arbitrariedad que recoge la Constitución.

III. CONSIDERACIÓN FINAL: UN CASO IMPOSIBLE

Los anglosajones utilizan una máxima, atribuida a un juez inglés de mediados de siglo XIX, que dice: «casos difíciles, mal derecho». Los casos políticos, más aún lo politizados, están abocados al mal derecho y el proyecto de ley de amnistía es uno de ellos.

Este proyecto de ley, como hemos argumentado, es un disparate jurídico descomunal debido a su origen, que es el que es y todos sabemos sus únicas razones: siete votos imprescindibles para que Pedro Sánchez siga de presidente del Gobierno. Siete votos muy caros, que se pagarán a precio de oro y contribuirán a erosionar todavía más las instituciones democráticas españolas, erosión de la que será responsable el PSOE y sus aliados.

Por ello hemos empezado esta ponencia tratando del progresivo deterioro democrático y hemos terminado hablando del mal derecho, contrario a la separación de poderes y a la interdicción de la arbitrariedad, un derecho inmolado en el altar de la política y cuya génesis se encuentra no ya en un caso difícil sino en un caso imposible.