

## PRESENTACIÓN

Los pensadores más destacados de nuestra época señalan que la política y el derecho están siendo transformados por la presencia omnímoda del acontecimiento. Gracias al impacto de los medios de comunicación, las nuevas tecnologías y la globalización, la vida social se vuelve episódica y un tanto inaprensible para ciudadanos y analistas de la realidad. El 23 de julio de 2023, antes de anunciarse los resultados de las elecciones generales, pocos pensaban o sabían que la amnistía pasaría a condicionar en gran medida los debates públicos, la vida parlamentaria y la estabilidad gubernamental del conjunto del país. Un año después tenemos una Ley Orgánica de Amnistía publicada en el Boletín Oficial del Estado, con un futuro inmediato complejo en lo referido a su aplicación y con una disputa académica —convenientemente soterrada— sobre la constitucionalidad y la conveniencia política de la norma. Este libro no pretende ser un libelo, aunque inevitablemente está apegado al acontecimiento de una de las figuras centrales de la clemencia: la amnistía. Tiene, por tanto, las limitaciones de un trabajo, concebido al hilo de la actualidad, que pretende abrir camino en un ámbito de estudio

un tanto desatendido y las ventajas de un texto a ratos ligero y a ratos polémico que contiene análisis conceptual, ensayo histórico, peritaje jurídico y algo de compromiso ciudadano.

Es bien cierto, en cualquier caso, que desde hace años nos hemos interesado por la figura de la amnistía porque en distintos trabajos universitarios y artículos periodísticos hemos venido reflexionando sobre la relación secular entre el tiempo y el derecho. Al fin y al cabo, la amnistía es un instituto jurídico que no solo deroga retroactivamente las normas sancionadoras aplicadas a la realización de determinados hechos, sino que *echa al olvido*, como diría Santos Juliá en otro contexto, los hechos mismos porque así lo quiere soberanamente la comunidad política. La amnistía (como el indulto) sirve por lo tanto para cambiar normativamente el pasado, suspendiendo y sacrificando la aplicación de la ley en beneficio de lo que en un momento excepcional y a veces existencial, que diría Carl Schmitt, se entienda por justicia. La Constitución española prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, pero no contiene ninguna regla ni derecho fundamental expreso para aplicar de forma retroactiva determinadas disposiciones penales favorables. Por ello, la amnistía en particular y la gracia en general necesitan agarrarse a criterios de justicia que traten de satisfacer determinado entendimiento del bien común.

Cambiar siete votos para una investidura por una Ley Orgánica de Amnistía no se parece mucho al bien común. Seguramente, de haber sido recogida en el programa electoral de alguno de los partidos nacionales la concesión de la amnistía habría ocupado un gran espacio en la campaña y no es improbable que hubiera determinado el resultado de las elecciones generales. Así pudo escribir Pedro Cruz Villalón en un conocido diario de tirada nacional en septiembre de 2023: «en las presentes circunstancias [...] las actuales Cortes Generales carecen de legitimidad para promulgar una amnistía política. A espaldas del pueblo». La amnistía ha tenido lugar y ello ha sido motivo para calificarla de «arbitraria» e «ilegítima». Pero otorgar la gracia general a determinadas personas condenadas o procesadas por los sucesos acaecidos durante el intento de secesión de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el otoño de 2017 no es jurídicamente arbitrario. Si acaso, lo será políticamente.

Las leyes en España gozan de presunción de constitucionalidad, siempre que no pongan en cuestión de forma palmaria el principio de igualdad. Podría ser el caso que nos ocupa aquí. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que la mera discrepancia política respecto al contenido de una norma legal impugnada no solo no es motivo de inconstitucionalidad, sino que no puede interesar al órgano que tiene que razonar y expresar dicho motivo.

Es palpable, en este caso, que el preámbulo de la Ley Orgánica de Amnistía de junio de 2024 no tiene una ausencia de argumentación, sino todo lo contrario, porque se exponen diversos motivos para legitimar el otorgamiento de la clemencia. Por ello, entendemos que la Ley no puede ser arbitraria con respecto a la Constitución española. En realidad, si se piensa bien, lo que cierta doctrina considera arbitrario de la Ley Orgánica de Amnistía —la verdadera razón política de su formalización— se incardina en figuras bien conocidas del Derecho privado.

En el marco del Derecho civil se ha venido distinguiendo entre simulaciones absolutas y relativas. Las primeras harían referencia a actos jurídicos que nada tienen de real, es decir, que no encubren ningún tipo de negocio contractual. Por ejemplo, un matrimonio sin voluntad real de contraerlo. Las segundas dejarían entrever una apariencia externa distinta al negocio jurídico efectuado. Es el caso bien conocido de las compraventas que encubren donaciones. La Ley Orgánica de Amnistía sería una especie de simulación relativa porque, en principio, expresaría una finalidad —la búsqueda y consolidación de la convivencia en Cataluña— cuando en realidad escondería otro negocio político que a ningún observador —y a los propios proponentes— se le puede escapar: lograr los votos necesarios para la investidura del presidente del Gobierno. Ahora bien, el Tribunal Constitucional

no puede ni debe entrar a valorar las intenciones implícitas de un legislador abandonado a la democracia simulativa. Intenciones que, además, se derivan de un acuerdo de Gobierno de coalición que debilitan el principio de responsabilidad política tal y como tradicionalmente se entiende en el contexto electoral.

Dejando claro el campo de juego, es necesario empezar señalando que este breviario no tiene una finalidad filosófica. Los argumentos en torno a la funcionalidad de la clemencia en general y al fundamento moral de la amnistía en particular han ocupado memorables páginas de autores como Beccaria, Kant, Bentham o Montesquieu. Nuestro objetivo es más modesto. Se trata de analizar la compleja relación entre la Constitución (española) y la amnistía. Para ello, como en otras ocasiones, proponemos una serie de capítulos que pueden leerse de corrido o de forma independiente y alterna. En ellos trazaremos tres propósitos bien claros. El primero, de carácter lingüístico y semántico, trata de poner orden conceptual en la materia. Bien sabemos por Albert Camus que las democracias solo pueden prosperar si la clase política, el periodismo y la academia utilizan un lenguaje claro y preciso que haga posible una conversación pública que forme ciudadanos y permita hacer operativa la representación.

El segundo propósito es histórico. Como es bien conocido, ya desde la Grecia clásica —si no mucho

antes— las comunidades políticas utilizaron la clemencia para olvidar y borrar el pasado cuando estratégicamente interesaba. Más cercanamente en el tiempo, ello ha sido importante en aquellos momentos de cambio de régimen donde las amnistías han jugado un papel importante en el contexto de lo que se denomina «justicia transicional». Se detecta en el actual Derecho internacional una clara impugnación de las medidas de gracia que habrían impedido la persecución y el castigo de delitos especialmente graves para la condición humana tras las dictaduras y otras formas de poder autocráticas. Aunque no abordaremos esta dimensión del problema, España no es ninguna anomalía en el doble plano interno y externo, incluso cuando se trata de cabalgar contradicciones. Las amnistías han sido numerosas y constantes desde el siglo XIX, consecuencia y también causa de la inestabilidad institucional al aparecer como una especie de convención política y jurídica que complementaba las dificultades de afirmación de la alternancia democrática. Como veremos, la Ley 46/1977, de Amnistía, puede ser considerada como una rareza porque fue pensada como el último y definitivo acto de clemencia de unos españoles que no querían ni podían permitirse el lujo de repetir la historia.

El tercer y último propósito del presente libro es, entonces, propiamente jurídico. Porque si la Ley 46/1977 era la última amnistía para la naciente y aún

frágil democracia española, cabe pensar que la ausencia de un expreso reconocimiento constitucional plantea un problema interpretativo de primer orden. Ante esta ausencia, ¿pueden las Cortes Generales y el legislador orgánico aprobar una ley de amnistía «para la normalización institucional, política y social en Cataluña»? El presente trabajo responde negativamente a esta pregunta porque entiende que la amnistía no es una ley en sentido material, más bien un *acto* soberano —con todo lo que ello implica— de suspensión de la vigencia de otra ley, el Código Penal. Por ello, no puede ser caracterizada como una función encuadrable en la potestad legislativa general y ordinaria de las Cortes Generales. Para llegar a esta discutible conclusión haremos un recorrido previo por el derecho comparado, el constitucionalismo histórico español e incluso la siempre fascinante experiencia de la Grecia clásica en el ámbito de la clemencia.

Una advertencia formal antes de comenzar. Hemos decidido evitar las citas en el cuerpo del texto. Si algún autor es aludido a lo largo del libro, el lector podrá encontrar la referencia concreta en el apartado bibliográfico, donde se ha incluido además un conjunto de obras consultadas o que pueden satisfacer la curiosidad intelectual más exigente en torno a la amnistía. Para agilizar la lectura de los profanos en asuntos jurídicos, además, se han prescindido casi totalmente de las notas a pie de página y se ha evitado

en la medida de lo posible el lenguaje técnico del Derecho. No obstante, cuando ha resultado imprescindible nos hemos remitido a normas concretas o a alguna sentencia del Tribunal Constitucional para dar solidez y credibilidad a nuestros argumentos. En definitiva, el reto en este tipo de formato es llegar al mayor número de personas, buscando un casi imposible equilibrio entre la exigencia académica y la lectura del ciudadano común interesado en asuntos públicos. Ojalá lo hayamos conseguido.

\* \* \*

El presente trabajo no habría podido ser publicado sin la habitual generosidad de la editorial Athenaica y de los tres amigos que con tanto tino y prestancia la dirigen: Manuel Rosal, Alfonso Crespo e Ignacio F. Garmendia. Luis Pomed, Javier Tajadura y Víctor J. Vázquez leyeron distintas versiones del manuscrito y aportaron ideas y correcciones que han mejorado notablemente el resultado del mismo. Los ausentes en este apartado de agradecimientos pueden sentirse aludidos por un aforismo que suele recordarnos a menudo Félix Ovejero: todo lo hacemos entre todos. Entenderán entonces por qué una cita de Hegel encabeza este breviarío.



## LA AMNISTÍA EN LA GRECIA CLÁSICA

La concesión de amnistías es muy antigua. En el Derecho interno se remonta al primer registro escrito de normas políticas en Mesopotamia. En el Derecho internacional también se recoge una amnistía en el primer tratado de paz documentado de la Historia, el Tratado de Qadesh entre Ramsés II y el rey hitita Hattusili III (1259 a.C.). En el siguiente milenio, dentro del mundo grecorromano es posible identificar decenas de amnistías de una u otra naturaleza o alcance. La más famosa es la que aquí vamos a abordar: la de Atenas del 403 a.C. que daba fin a su guerra civil.

En su época clásica, los atenienses vivieron dos episodios de transición política que se sucedieron en un lapso muy breve de tiempo. Conviene detenerse en ellos porque luego nos serán de mucha utilidad para explicar las diferencias entre el poder constituyente de la II República y el que fue capaz de articular un consenso para la aprobación de la Constitución de 1978. Tras el colapso de la primera oligarquía, que se mantenía en el poder desde el 411 a.C., los atenienses restauraron la democracia en el 403 a.C. y adoptaron severas medidas de retribución, promulgando nuevas leyes para impedir que futuros tiranos intentaran