

Artículos

Por qué la Ley de Amnistía es una derogación de la Constitución española y una suplantación anti democrática del poder constituyente

José María Pernas Alonso

*Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas Universidad Autónoma de Madrid.
Profesor derecho constitucional Universidad San Pablo-CEU*

“¡Pero yo os digo que la libertad no significa aprovecharse de las leyes con intención de destruirlas! No es la libertad la que permite que el caballo de Troya sea metido dentro de nuestras murallas y que los que viven dentro sean oídos con el pretexto de la tolerancia. (...) No puede montar en dos caballos al mismo tiempo: no puede vivir en la legalidad y a la vez conspirar”. Marco Tulio Cicerón, Preámbulo del segundo discurso contra Catilina, citado en “La columna de hierro”. Taylor Caldwell (2017) Embolsillo, 2ª edición, pp. 733 y 734

Resumen: *La aprobación de una Ley de Amnistía que valide las conductas realizadas tras la declaración de independencia de Cataluña de 1 de octubre de 2017, conllevaría una derogación de la Constitución por parte de un poder derivado (el legislativo), al afectar a elementos clave de la misma, desconociendo el poder constituyente y además incurriendo en una vulneración de los valores de Estado de derecho, igualdad y democracia del artículo 2 del Tratado de la UE, lo que provocaría, además de posible responsabilidad administrativa para los poderes del Estado y un vaciamiento de su soberanía, una vuelta al Estado absoluto o inclusive a un Estado de naturaleza previo.*

Palabras Clave: *Amnistía, Constitución, poder constituyente, democracia, igualdad, poder judicial.*

Abstract: *The approval of an Amnesty Law which validates the activities developed by Catalanian regional authorities from the declaration of independence of 1st of October 2017, leads to a derogation of the Spanish Constitution of 1978 through a delegate power (the legislative power), affecting key elements of the Constitution, supplanting the constitutional power of the Spanish People and committing a violation of the values stated in article 2 of the Treaty of the European Union as rule of law, equality under the law and democracy, which will produce administrative responsibility of Spanish Public Administrations and an emptying of the Spanish State sovereignty, causing a return of the Absolut State or even the State of Nature.*

Key words: *Amnesty, Constitution, constitutional power of the Spanish people, democracy, equality, judicial power.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DIFERENCIAS ENTRE UNA LEY DE AMNISTÍA DE 2023 QUE ANULE LA EXCLUSIVIDAD DE JUZGAR DEL PODER JUDICIAL Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO FRENTE A LA AMNISTÍA OTORGADA POR LA LEY DE 1977 PREVIA A LA CONSTITUCIÓN DE 1978
- III. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA PRESENTADA EL 13 DE NOVIEMBRE DE 2023 ANTE LA MESA DEL CONGRESO
 1. *La exposición de Motivos de la proposición de ley de amnistía cita la STC 147/1986, ¿se puede aplicar esa sentencia a este caso? 2. ¿Si se aprueba la ley de amnistía puede venir un partido y derogarla en el futuro?*
- IV. DEROGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN QUE SE PRODUCIRÍA CON UNA LEY DE AMNISTÍA
 1. *La supremacía y normatividad de la Constitución del art. 9 de la CE. 2. Vulneración del artículo 62 i) de la CE que prohíbe los indultos generales. 3. Los principios de interdicción de la arbitrariedad, jerarquía normativa y seguridad jurídica. 4. Vulneración del principio de igualdad ante la ley, derecho fundamental del artículo 14 CE. 5. La exclusividad de la función jurisdiccional conforme al artículo 117 de la CE y a la jurisprudencia del TC. 6. El informe de Letrados de las Cortes de 2021 ya confirmó la inconstitucionalidad de una amnistía. 7. Posible vulneración de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y de las Leyes 50/1997 y 39/2015 al estar el Gobierno redactando un proyecto de ley en negociaciones con grupos parlamentarios sin dar trámite de consulta pública ni publicar el texto objeto de negociación.*
- V. UNA LEY DE AMNISTÍA SERÍA CONTRARIA AL ARTÍCULO 2 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO SE DERIVA DE JURISPRUDENCIA REITERADA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE
- VI. EN TODO CASO, EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DEBERÍA TRAMITAR LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA COMO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE EXIGE MAYORÍA DE 2/3 DEL CONGRESO Y DEL SENADO Y CONVOCATORIA DE ELECCIONES A CORTES CONSTITUYENTES
- VII. LA LEY DE AMNISTÍA SERÍA APLICABLE DESDE SU APROBACIÓN SIN QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TENGA OBLIGATORIAMENTE QUE SUSPENDER SUS EFECTOS
- VIII. LA LIBERTAD DEMOCRÁTICA PASA EN PRIMER LUGAR POR EL RESPETO AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y POR NO SUPLANTAR AL PODER CONSTITUYENTE
- IX. LA AMNISTÍA IMPLICA, ADEMÁS DE LA DEROGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR UN PODER DERIVADO -EL LEGISLATIVO-, LA QUIEBRA DEL ORDEN PÚBLICO Y LA VUELTA AL ESTADO ABSOLUTO Y EN CIERTO GRADO, AL ESTADO DE NATURALEZA ANTERIOR AL ESTADO MODERNO
- X. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA PROVOCA QUE EL REY TUVIERA CAPACIDAD DE REVOCAR SU PROPUESTA DE INVESTIDURA POR MANIFIESTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROGRAMA DE GOBIERNO
- XII. CONCLUSIONES (SP): CONSECUENCIAS PARA LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA DE UNA LEY DE AMNISTÍA

I. INTRODUCCIÓN

La amnistía que se pretende conceder a los políticos y empleados públicos de la Generalitat de Catalunya que posibilitaron usando fondos públicos la celebración el 1 de octubre de 2017 de un referéndum de independencia, sirviéndose de la policía autonómica, es literalmente conceder una “amnesia” u olvido del Estado, de forma que se declara que esas conductas fueron válidas y que la labor del poder legislativo -aplicando el art. 155 de la Constitución

española (CE) -, del poder judicial -impulsando la investigación y juzgando y dictando sentencias sobre esas conductas-, y del poder ejecutivo - ejecutando los autos y sentencias judiciales -, fue nula y por tanto ilegítima, de modo que tras la propia Ley de amnistía dichas conductas podrían volverse a cometer al carecer los poderes del Estado de legitimidad para perseguirlas (a salvo de que el TC declare con la urgencia necesaria la inconstitucionalidad de dicha Ley de Amnistía, aunque como explicaré, solo el recurso de inconstitucionalidad del propio Gobierno tendría carácter suspensivo de la Ley).

Esta Ley de Amnistía tendría esos efectos, porque implicaría anular la labor del poder judicial y legalizar las conductas realizadas; iría por tanto mucho más allá de un indulto individual (que ya han sido concedidos a varios políticos independentistas), por cuanto el indulto es un mero perdon a la pena impuesta, pero no legaliza la conducta y por tanto el perdonado no puede volver a cometerla porque la conducta sigue siendo antijurídica. La amnistía implica declarar que las conductas fueron válidas y que por tanto la labor del poder judicial fue errónea y dicho poder judicial no las puede volver a perseguir.

Tras la presentación el 13 de noviembre de 2023 ante la Mesa del Congreso de los Diputados de la Proposición de Ley de Amnistía, y la investidura del candidato (16 de noviembre) que contenía en su programa de gobierno dicha Amnistía, es necesario realizar algunas reflexiones sobre si estas actuaciones del legislativo implican un vaciamiento de la Constitución de 1978 por un poder derivado, sin haber consultado por tanto al poder constituyente (el pueblo español), y sus consecuencia para la legitimación democrática de nuestras instituciones.

Además de demostrar la inconstitucionalidad de una Ley de Amnistía que se pueda dictar en el año 2023, aludiremos a que dicha Ley de Amnistía se está negociando por el Gobierno y grupos parlamentarios que lo apoyan sin ninguna transparencia, a pesar de las exigencias de la Ley 19/2013, de Transparencia, Buen Gobierno y Acceso a la Información Público, Ley 50/1997, del Gobierno y Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Antes de analizar la amnistía bajo la óptica del derecho público español y de la UE y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), es importante previamente analizar por qué no puede ampararse una Ley de Amnistía en el año 2023 (para conductas juzgadas por un poder judicial emanado de una Constitución democrática), en la Amnistía otorgada en 1977 por las Cortes Constituyentes que elaboraban la Constitución de 1978, para las conductas producidas en un régimen no democrático.

Como veremos la amnistía implica, además de un incumplimiento de preceptos esenciales de la Constitución y de los valores de Estado de Derecho, igualdad y democracia del artículo 2 del Tratado de la UE, una deslegitimación de los poderes del Estado, que generaría una responsabilidad patrimonial del Estado, además de vaciar de contenido el Estado español, hurtándole su soberanía y provocando un estado de naturaleza pre-Estado moderno donde los poderes públicos carecerían de legitimidad para perseguir actuaciones inconstitucionales y por tanto perderían la capacidad de generar obediencia entre los ciudadanos.

Por otro lado, teniendo en cuenta que, como analizaremos, los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que se interpongan ante una Ley de Amnistía no implican una suspensión de sus efectos (permitiendo por tanto la libertad de cientos de sentenciados o encausados y la ausencia de pago de decenas de millones de euros malversados, la decaer cualquier medida cautelar adoptada), y dado que solo el recurso del Gobierno tiene efectos suspensivos, se analiza qué capacidad tiene el Rey, tras conocer que el programa de Gobierno del candidato incluye la proposición de ley de amnistía, para revocar ese encargo de investidura con el fin de garantizar la permanencia del Estado y hacer cumplir la Constitución como funciones del Rey incluidas en la CE.

II. DIFERENCIAS ENTRE UNA LEY DE AMNISTÍA DE 2023 QUE ANULE LA EXCLUSIVIDAD DE JUZGAR DEL PODER JUDICIAL Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO FRENTE A LA AMNISTÍA OTORGADA POR LA LEY DE 1977 PREVIA A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Entre los medios de comunicación hay quien ha defendido que la amnistía es válida basándose en precedentes nacionales y a nivel internacional. En este apartado explicaremos por qué la amnistía no cabe en un Estado constitucional democrático de Derecho que surge a partir de 1978, al no haberse declarado ni a nivel nacional ni internacional que la actuación de los poderes públicos democráticos españoles fuera ilegítima o vulneradora de derechos fundamentales. En otro apartado explicaremos por qué tampoco cabe acudir al ordenamiento internacional para legitimar una amnistía, básicamente porque dicha amnistía sería contraria al artículo 2 del Tratado de la UE y por ello el Tribunal de Justicia de la UE podría condenar al Estado español por vulnerar el Tratado de la UE, con sanciones pecuniarias y la posible suspensión de derechos de voto en el Consejo de la UE.

Entrando a analizar las diferencias entre una amnistía en 2023 y la del año 1977, tenemos que decir que la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía¹, en su artículo primero, declaraba que quedan amnistiados:

“a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.

c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.”

El artículo segundo de la Ley de Amnistía de 1977 incluía asimismo dentro de la amnistía, entre otros, a *“a) Los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ellos, tipificados en el Código de justicia Militar”, y “d) Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación; e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley; f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas”*.

La razón era muy sencilla, todavía no se había elaborado por el poder constituyente ni plebiscitado la Constitución de 1978 y, por tanto, en pleno proceso constituyente, los representantes constituyentes otorgaron esa amnistía para que el Estado democrático que surgiera por voluntad popular en 1978 anulara cualquier labor del Estado anterior represora de las libertades democráticas. Precisamente porque el Estado franquista no tenía legitimación democrática, y la amnistía era necesaria (y fue ratificada por el pueblo español), para no perjudicar el ejercicio de actos de insubordinación frente al poder injusto anterior². Así lo explicó el Tribunal Constitucional en varias sentencias (32/1981 o 147/1986)³.

¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1977-24937>.

² Poder injusto porque, a diferencia del surgido de la Constitución de 1978, no se basó en el consentimiento democrático del poder constituyente. Más allá de la guerra civil, a nadie se le escapa que

Es decir, como han teorizado Francisco de Vitoria o Francisco Suárez desde el siglo XVI⁴, o el propio Locke en su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil en 1690, los súbditos tienen derecho a rebelión cuando un soberano ejerce su poder desconociendo los derechos naturales de sus súbditos. Además, teniendo en cuenta que el Estado anterior a la Constitución de 1978 había surgido de un golpe insurreccional y de una guerra civil, y no tenía origen en un consentimiento popular (es decir no tenía origen en el poder constituyente democrático), los ciudadanos españoles que se rebelaron contra ese Estado por su carácter antidemocrático no podían ser perseguidos por un nuevo Estado (el que surge tras la labor del poder constituyente de 1978) que se predicara de origen democrático⁵.

el régimen franquista no tenía la legitimación democrática que otorga el poder Constituyente constituido por el pueblo y sus representantes elegidos.

³ Como explicó Álvaro Redondo Hermida, en un artículo el 10 de septiembre de 2023 en el diario La Razón: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1236787&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=12/9/2023.

“Nos explica el Tribunal Constitucional, en la referida sentencia 147-86, las razones de la adopción por el Legislador de una ley de Amnistía: se trata de eliminar, con efectos de presente, las consecuencias de la aplicación de una normativa anterior, aplicación que en el momento presente resultaría contraria a determinados principios, inspiradores de nuestro actual orden político.

Enseña el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, que la adopción de la Amnistía es una operación excepcional, propia de un momento de consolidación de los valores constitucionales a los que se pretende servir. (...)

El Tribunal Constitucional nos explica todas las relevantes implicaciones de la adopción de una ley de Amnistía. Según dicha Corte, la adopción de una ley de gracia implica efectuar un juicio crítico, respecto de una etapa histórica superada, declarándose por la referida Ley que determinadas actuaciones, llevadas a cabo durante la época anterior, ya no resultan jurídicamente aceptables según los nuevos criterios constitucionales. Sin duda, según el Tribunal de Garantías, una ley de Amnistía tiene el sentido de restar legitimidad a determinados actos, llevados a cabo al amparo de un orden jurídico anterior, superado por el nuevo orden constitucional.

La ley de Amnistía se justifica, en definitiva, y según nos enseña el Alto Tribunal, por cuanto viene a sostener los derechos humanos, tal como vienen definidos y protegidos por el Derecho Internacional, así como por la Constitución, norma asimismo defensora de los derechos fundamentales y principios básicos de nuestro sistema jurídico.

Siendo todo ello así, de la referida doctrina podemos inferir que la actual Constitución Española prohíbe la adopción de nuevas leyes de Amnistía, manteniendo nuestro ordenamiento, exclusivamente, la vigencia de la Ley de Amnistía durante la Transición

No solo resulta dicha prohibición meramente inferible de la anterior doctrina, sino que dicha prohibición viene proclamada expresamente por el Auto del Tribunal Constitucional 32-1981, de 25 de marzo, ponencia del Excmo. Sr. Arozamena. Se sostiene en dicha resolución, con toda claridad, que la aplicación de medidas generales de gracia se encuentra actualmente prohibida por lo que califica la Alta Corte de norma constitucional expresa, siendo dicha norma prohibitiva el artículo 62 de la Constitución.

⁴ Para analizar las teorías del “tiranicidio” o derecho de rebelión de los citados escolásticos españoles, me remito al libro de Marcelo GULLO “*Madre Patria*” (2021), Espasa, Barcelona, 6ª edición.

⁵ Como explica el magistrado emérito Rodríguez Zapata:

“En un régimen de Constitución rígida, como es el de nuestra Constitución de 1978, el legislador -ya sea orgánico u ordinario; del Estado o de cualquier comunidad autónoma- sólo actúa dentro de los límites que le marca la Constitución y nada le autoriza a desautorizar una ley que, aprobada y entrada en vigor, ha accedido ya en forma ineludible en la reserva de jurisdicción de los tribunales (artículo 117.3 CE).

Así lo corroboran los debates constituyentes. La ponencia constitucional informó, el 17 de abril de 1978, de que todo lo referente en materia de las amnistías y de los indultos se trataría junto con el derecho de gracia (enmienda 744 del señor Lloréns Bargés, de UCD), y en esa materia se

Además de ello, la propia Ley de amnistía de 1977 tenía origen en una Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política que fue plebiscitada afirmativamente por el pueblo español, Ley que convoca elecciones a Cortes constituyentes para la elaboración de una Constitución y por tanto la fundación de un régimen democrático. Por el contrario, la Ley de Amnistía que se pudiera aprobar por las Cortes Generales en 2023:

- i. No tiene origen en el consentimiento del pueblo español por referéndum;
- ii. Suplanta al poder constituyente al implicar una derogación de artículos de la Constitución sin que se haya reformado la Constitución;
- iii. Amnistiaría conductas contrarias a la Constitución y anularía la labor del poder judicial y de las fuerzas de seguridad realizada en un Estado democrático y bajo el amparo de la Constitución.

La Ley para la Reforma Política de enero de 1977 disponía claramente en su artículo primero que:

“Uno. La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo.

Los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado.

Dos. La potestad de elaborar y aprobar las leyes reside en las Cortes. El Rey sanciona y promulga las leyes.”

El artículo 13 de dicha Ley para la reforma política establecía:

“Uno. La iniciativa de reforma constitucional corresponderá:

- a) *Al Gobierno.*
- b) *Al Congreso de los Diputados.*

Dos. Cualquier reforma constitucional requerirá la aprobación por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y del Senado. El Senado deliberará sobre el texto previamente aprobado por el Congreso, y si éste no fuera aceptado en sus términos, las discrepancias se someterán a una Comisión Mixta, bajo la presidencia de quien ostentara la de las Cortes y de la que formarán parte los Presidentes del Congreso y del Senado, cuatro Diputados y cuatro Senadores, elegidos por las respectivas Cámaras. Si esta Comisión no llegara a un acuerdo o los términos del mismo no merecieran la aprobación de una y otra Cámara, la decisión se adoptará por mayoría absoluta de los componentes de las Cortes en reunión conjunta de ambas Cámaras.”

Tres. El Rey, antes de sancionar una Ley de Reforma Constitucional, deberá someter el Proyecto a referéndum de la Nación.”

Por tanto, con dicha Ley, que fue plebiscitada favorablemente por el pueblo español, el Estado adquirió legitimidad democrática para poder convocar unas cortes constituyentes con el mandato de fundar un régimen democrático, y de ahí que esas cortes constituyentes pudieran, tras el consentimiento popular para esa fundación de un régimen jurídico democrático, aprobar una ley de amnistía para no considerar anti jurídicos actos políticos cometidos frente al régimen jurídico anterior, dado que este no tenía legitimación democrática fundante.

rechazó expresamente la enmienda 697 del Grupo Parlamentario Comunista, que proponía añadir que las Cortes Generales “adoptan las decisiones políticas fundamentales”. Ese pequeño detalle ha escapado a los redactores de la proposición de Ley de Amnistía.” Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (2023), “La amnistía, el cabo de Troya contra la Constitución”, El Mundo, 14 de noviembre de 2023.

Nada tiene que ver por tanto con esa Ley de 1977 que en 2023 se pretenda aprobar una Ley de amnistía para validar conductas cometidas bajo la vigencia de una Constitución democrática, como legítimamente han probado las sentencias judiciales dictadas por un poder judicial legítimo que está sometido a una Constitución democrática plebiscitada en 1978 por el pueblo español. Además, ni el TC, ni el TJUE, ni ningún tribunal internacional, ha declarado que la labor judicial contra las conductas de los encausados tras el 1 de octubre de 2017 haya sido vulneradora de derechos humanos.

III. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA PRESENTADA EL 13 DE NOVIEMBRE DE 2023 ANTE LA MESA DEL CONGRESO

Como explicaremos en los apartados 4 y siguientes, y como ha dictaminado el TC en varias sentencias, la proposición de ley de amnistía registrada en la Mesa del Congreso el 13 de noviembre por el Grupo Parlamentario Socialista, que anula la labor del poder judicial durante más de 11 años, y que además obliga a los tribunales a archivar todas las causas abiertas y anular las sentencias y medidas cautelares en un plazo preferente de solo 2 meses, supone una intromisión ilegítima del legislativo en el poder judicial y por ende una vulneración del Estado democrático de Derecho (1 CE), de la igualdad ante la ley (14 CE) y de la exclusividad del poder judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (117 CE).

Antes de analizar los motivos de inconstitucionalidad de dicha Ley, que supone además la derogación de la democracia y de la propia Constitución para pasar a un Estado absoluto, es necesario analizar la STC 147/1986 que cita el Preámbulo de la proposición de ley de amnistía, pues como veremos dicha sentencia del TC así como otros autos del mismo tribunal, dejan claro que la amnistía otorgada en 1977, como hemos comentado, fue única y excepcional y dictada respecto a conductas cometidas cuando no existía un régimen democrático ni un Estado de Derecho.

1. *La exposición de Motivos de la proposición de ley de amnistía cita la STC 147/1986, ¿se puede aplicar esa sentencia a este caso?*

En primer lugar, no es posible otorgar una ley de amnistía tras la Constitución de 1978, puesto que la amnistía que se otorgó en 1977 se refería a conductas realizadas bajo un régimen anterior que no era democrático ni cumplía los estándares de derechos humanos que sí cumple la labor del poder judicial tras la Constitución de 1978. En la sentencia 147/86 el TC ya manifestó que “*la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes (la ley de 1977 y la ley 1/1984 que modificó esta y se declaró inconstitucional por dicha STC 147/86) es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa - en sentido amplia- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve*” “*La Ley 1/1984 no tiene sentido autónomo, sino que puntualiza algunos aspectos discutidos del régimen jurídico de la Ley de 1977*” (...) “*No se trató, pues, de una nueva amnistía, sino de nuevos aspectos añadidos al régimen jurídico de la única existente*”⁶⁻⁷.

⁶ Como explica RODRÍGUEZ ZAPATA (2023), *ob.cit.*: “*Entre las competencias tasadas que atribuye a las Cortes el artículo 66.2 de la CE no se incluye la de “amnistiar”, que fue rechazada con las enmiendas 504 del Grupo Mixto (firmante: Raúl Morodo) y 744 de UCD (César Lloréns). Por eso, las ampulosas declaraciones del preámbulo de la proposición de Ley de Amnistía que afirman que la amnistía “es una facultad legislativa [] en el seno del Estado de Derecho” y que “forma parte del acto fundacional de la democracia española y se presenta como una facultad de las Cortes Generales” o como “un acto soberano de ésta” son inexactas e incorrectas constitucionalmente. También lo son las referencias al Tribunal Constitucional y al Derecho supranacio-*

La exposición de motivos de la proposición de Ley de Amnistía que se ha presentado falsea el contenido la STC 147/86 al citarla como antecedente para una amnistía pues el TC en dicha sentencia precisamente dice que solo cupo la amnistía de 1977, la única válida, por ser anterior a la Constitución de 1978, y que tras la aprobación de la CE no tiene legitimación anular el poder judicial porque este actúa en un Estado democrático de Derecho⁸.

Además, el Auto 32/1981, de 25 de marzo, de la Sección Tercera del TC estableció en su fundamento jurídico que: “La aplicación de las medidas generales de gracia (...) prohibidas hoy por la norma constitucional expresa (art. 62 i) de la Constitución)

La proposición de ley de amnistía modifica además el artículo 130.1 del Código Penal, estableciendo que la responsabilidad criminal se extingue por la amnistía o el indulto, cuando eso es contrario al principio de jerarquía y a la supremacía de la Constitución (art. 9 CE), que prohíbe los indultos generales, y es contrario al 117 de la CE que establece que la función de juzgar y ejecutar lo juzgado es exclusiva del poder judicial, además de que el indulto individual nunca extingue la responsabilidad criminal sino que solo perdona la pena.

Además, la proposición de ley de amnistía declara de tramitación preferente y urgente la aplicación de la amnistía en el artículo 10, cuando conforme al artículo 53 de la CE solo tienen carácter preferente y urgente la tutela de los derechos fundamentales. Finalmente, el art. 4 de la proposición de la proposición de ley de amnistía deroga el régimen de medidas cautelares del Código Penal y de la Ley 29/1998, cuando las medidas cautelares se deben mantener por mor del interés general en ponderación circunstanciada de los tribunales y no puede una Ley sustituir el juicio de los tribunales sobre cuándo procede levantar o no las medidas cautelares.

nal y comparado. Nuestro Tribunal Constitucional declara hoy que la amnistía es una derogación retroactiva de leyes penales, por lo que comporta un régimen excepcional propio del periodo de la consolidación de nuevos valores en la transición de un régimen autoritario a otro democrático. Por eso se declaró inconstitucional, por contraria al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), una ley de 1984 que intentó complementar nuestra amnistía de 1977 con un régimen laboral de imprescriptibilidad de acciones cuando ya regía la Constitución de 1978 (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 2 y Fallo). Eso es lo que dice el Tribunal Constitucional y no lo que le quiere hacer decir el preámbulo de la proposición.”

⁷ Como explica el catedrático de la Universidad San Pablo-CEU Leopoldo Abad, “Donde un poder judicial que actuó conforme a Derecho y cumplió con su misión constitucional queda desautorizado, pues como indica la STC 1974/1986 (citada expresamente por la proposición de ley en cuestión), una amnistía conlleva <<un reproche a los tribunales de justicia que aplicaron la ley correctamente>>”. ABAD ALCALÁ, Leopoldo (2023), “Yéndonos por las ramas (del nogal): amnistía y Constitución”, La Razón, 18 de noviembre de 2023.

⁸ Así lo ha explicado claramente el que fuera magistrado del TC, Manuel Aragón Reyes: “La larga exposición de motivos es, realmente, un monumento a la tergiversación, en cuanto que falsea, descaradamente, la doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los dictámenes de la Comisión de Venecia. Cuando el Tribunal Constitucional español se ha referido a la amnistía lo ha hecho en relación con las amnistías dictadas en 1977, en un momento en el que, obviamente, no teníamos Constitución. Cuando aquellas instituciones europeas se han referido a la amnistía no lo han hecho de modo genérico, sino concreto, esto es, sobre amnistías dictadas por Estados, como Francia y Portugal, cuyas Constituciones expresamente las permiten, o como el Reino Unido, donde, según su Constitución, el Parlamento es soberano, lo que no sucede en España, pese a que la exposición de motivos venga a decir, asombrosamente, que las Cortes Generales son omnipotentes en el ejercicio de su poder legislativo.” ARAGÓN REYES, Manuel (2023b), “Una amnistía falaz”, El Mundo, 18 de noviembre de 2023.

Conclusión: la amnistía y la conlleva una derogación material de la Constitución por un poder derivado (el legislativo), desconociendo que España es un Estado democrático de Derecho conforme a la Constitución, y conforme ha afirmado el TC

El Tribunal Constitucional (sentencia 16/1982, de 28 de abril), argumentando que la Constitución emana de la voluntad soberana del pueblo español como poder constituyente, es claro al afirmar la normatividad, supremacía⁹ y directa aplicación de la Constitución frente a cualquier tentación del poder legislativo de aprobar leyes contrarias a la Constitución. Por tanto, la soberanía nacional no reside de forma primigenia en el parlamento sino en la aplicación efectiva de la Constitución para cumplir con la voluntad del poder constituyente.

En palabras del TC, “*la Constitución es norma cualitativamente distinta (...) por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales (...), norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico*”. La aplicación de la Constitución en lo que respecta a la vigencia del Estado de Derecho, de la igualdad ante la ley, y de la exclusividad del poder judicial, no puede depender de ninguna otra norma, aunque tenga rango de ley

2. ¿Qué efectos tendría la derogación de esa ley de amnistía en el futuro?

El hecho de que en el futuro se derogue la Ley de amnistía es irrelevante en términos prácticos y de orden público, puesto que la ley conlleva la puesta en libertad de encausados, al implicar la anulación de sentencias ya dictadas y archivo de procedimientos en curso y de órdenes de busca y captura, pues como analizaremos ni las cuestiones de inconstitucionalidad ni los recursos de inconstitucionalidad (salvo el del Presidente del Gobierno, que no recurrirá la Ley presumiblemente), suspenden la aplicación de la ley, de modo que aunque se suspendan los procedimientos judiciales, la efectividad de la ley (que aunque sea inconstitucionalmente, obliga a los jueces a archivar y establecer la libertad de los condenados) haría decaer cualquier medida cautelar que impusiesen los tribunales.

En todo caso, desde el momento en que se aprueba una Ley de amnistía inconstitucional se produce la vulneración de los artículos 1, 9, 14 y 117 de la CE y por ende la derogación del Estado democrático de Derecho por un poder derivado (legislativo), que no puede cambiar la Constitución, ya que eso solo lo puede hacer el poder constituyente (el pueblo español mediante las mayorías del art. 168 CE).

Hay además una indefinición temporal de la propia Ley de Amnistía que permite que los beneficiados por ella por conductas realizadas desde 2012 vuelvan a cometer las mismas conductas, puesto que el artículo 1.3 de dicha proposición de ley de amnistía establece que “*los actos cuya realización se hubiera iniciado antes del 13 de Septiembre de 2023 también se entenderán comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley aunque su ejecución finalizase con posterioridad a dicha fecha*”. En todo caso, la deslegitimación de todo el

⁹ Como explica brillantemente el profesor Eduardo Jorge Prats, “*El elemento clave de todo verdadero Estado constitucional de derecho es la estabilidad de su Constitución. Esta estabilidad constitucional, que busca garantizar lo que Ferrajoli denomina la “esfera de lo indecible”, es decir, el “conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías”, como es el caso de los derechos fundamentales y la “fórmula política” (Raúl Canosa Usera), se logra a través de dos instrumentos esenciales: la mayoría agravada y el procedimiento especial de reforma constitucional, por un lado, y, por otro lado, la consagración de cláusulas pétreas o de intangibilidad que preservan el núcleo constitucional, la forma básica de gobierno (civil, democrático, representativo)*”, PRATS, Eduardo Jorge (2022), “A manera de prólogo”, de la obra colectiva dirigida por Brewer-Carías, Allan (2022), “*La muerte de una Constitución. El proceso constituyente desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema*”, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello, N° 9, Caracas, Venezuela.

poder judicial y funcionarios del Estado que conlleva esa Ley de Amnistía, al declarar válidas todo tipo de conductas que atenten contra la soberanía nacional, permite que en el futuro los mismos políticos vuelvan a cometer esas conductas dado que los jueces y funcionarios encargados de perseguirlas tendrían el precedente de una Ley de Amnistía que declara que toda conducta (sea la que sea), dirigida a procurar la independencia de Cataluña, es legítima.

Y, cuando con suerte pasado un año resolviese el TC ese recurso o cuestión de inconstitucionalidad, es muy dudoso que dicha sentencia, en caso de ser estimatoria y declarar la inconstitucionalidad de la Ley de amnistía, pudiera producir la apertura de las causas judiciales archivadas, puesto que conforme a uno de los principios del art. 9.3 de la Constitución: “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Como ha explicado magistralmente Gabriel Domenech¹⁰, *“Las sentencias también deben respetar, ciertamente, el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). Pero ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha interpretado de manera muy restrictiva este principio, al considerar que no prohíbe la retroactividad de grado mínimo o incluso medio y, sobre todo, al entender que esta prohibición sólo se predica de los derechos consagrados en los artículos 15 a 29 de la Constitución”*, estando en nuestro caso hablando del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE.

En la sentencia 45/1989, el TC determinó los criterios para la aplicación temporal de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una Ley (pp. 14 y 15) (énfasis añadido):

“Este último precepto (art. 40.1 de la LOTC) dispone que las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad *«no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales»*, lo que constituye un límite, basado en el principio de seguridad jurídica, a la eficacia en el tiempo de las Sentencias de inconstitucionalidad. No hay ninguna necesidad de interpretar este art. 40.1 como si el límite así expresamente enunciado constituyera la excepción a una imaginaria regla, que sería la del máximo alcance invalidatorio de la Sentencia de inconstitucionalidad en su dimensión temporal (efectos máximos *ex tunc* o «retroactivos»). Más bien al contrario: si consideramos al art. 40.1 de la LOTC informado por el principio constitucional de seguridad jurídica, habrá que entender que los procesos fenecidos por Sentencia firme son el caso más eminente y claro, pero no el único. Dicho de otro modo: la mención de la Sentencia firme en el art. 40.1 no supone que toda Sentencia de inconstitucionalidad haya de tener por necesario efecto la eliminación radical de todas las situaciones jurídicas preexistentes que no estén declaradas en Sentencia con autoridad de cosa juzgada, por agotadas o jurídicamente consolidadas que estén, pudiendo recordarse que la expresión «situaciones consolidadas» fue usada por la STC 14/1981 (fundamento jurídico cuarto) precisamente para enunciar el límite de la eficacia temporal de las Sentencias de inconstitucionalidad.”

Por tanto, una declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, pasado un año desde su aplicación, cuando ya se hubieran archivado los procedimientos judiciales contra los encausados (incluido el del expresidente de la Generalitat), no podría cambiar los archivos de las causas judiciales, permitiendo por ello que los actos permanecieran impunes. Y en cuanto a una cuestión de inconstitucionalidad que pueda plantear cualquier juez que tenga dudas, al art. 35.2 de la LOTC establece: *“Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o*

¹⁰ DOMENECH, Gabriel (2022), *“Sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional”*, publicado en *“Almacén de Derecho”* el 14 de julio de 2022: <https://almacende-derecho.org/sobre-los-efectos-en-el-tiempo-de-las-sentencias-del-tribunal-constitucional>

justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión". Por tanto, en el caso de los políticos encausados prófugos, dado que ni siquiera ha podido empezar el juicio (existen órdenes europeas de busca y captura que están pendientes de el plácat de jueces de otros Estados miembros), una vez dictada la Ley de Amnistía el juez no podría plantear cuestión de inconstitucionalidad, y solo le quedaría la opción de archivar las causas (al no haber podido avanzar en las causas por falta de extradición de dichos sujetos).

IV. DEROGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN QUE SE PRODUCIRÍA CON UNA LEY DE AMNISTÍA

La Ley de Amnistía, "llámese como se llame", supondría que el poder legislativo habría derogado de forma antidemocrática una serie de preceptos de la Constitución española de 1978 que son la médula del sistema democrático, como ha determinado gran parte de la doctrina¹¹. Pasamos a comentarlos.

1. *La supremacía y normatividad de la Constitución del art. 9 de la CE*

El artículo 9 establece que "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*", por lo que la división de poderes que establece la Constitución no puede ser desconocida por el poder legislativo, en concreto la facultad exclusiva que el art. 117 CE otorga a los jueces para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Como ya mencionaba John Locke, allá por 1690: "*El poder de la legislatura, al derivarse de una cesión voluntaria del pueblo, y de una institución hecha por éste, no puede ser otro que el que positivamente le ha sido otorgado, a saber: el poder de hacer leyes, y no el poder de hacer legisladores. Por lo tanto, la legislatura está incapacitada para transferir a otros la autoridad de hacer leyes*"¹².

En este sentido, la legislatura o el poder legislativo no puede mediante una Ley hurtar la facultad jurisdiccional al poder judicial, pues una ley de amnistía implicaría declarar que la labor judicial (además de policial) en la persecución de los delitos cometidos tras la declaración de independencia de Cataluña del 1 de octubre de 2017 fue ilegítima y la anularía con efectos "*ex tunc*", por tanto, permitiendo que el Parlamento pueda anular la labor del poder judicial.

¹¹ REDONDO HERMIDA, Álvaro (2023), "*La amnistía en el sistema constitucional*", La Razón, 10 de septiembre de 2023. Como ha explicado Javier Tajadura: "*la amnistía es inconstitucional por su incompatibilidad con tres principios básicos del Estado de derecho: la exclusividad del poder judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. El legislador no puede -sin incurrir en arbitrariedad- declarar a un grupo de personas inmunes frente al Derecho y borrar para ellas retroactivamente la existencia de unos delitos suplantando así al Poder Judicial y lesionando gravemente la seguridad jurídica. Para que todo ello fuera constitucionalmente admisible tendría que estar expresamente previsto en la Constitución (como lo está la facultad de conceder indultos individuales). "Estado constitucional y amnistía"*"; por Javier Tajadura Tejada, ABC, 11 de septiembre de 2023: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236788&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=12/9/2023. También lo ha explicitado el ex magistrado del Tribunal Constitucional Manuel Aragón Reyes: la amnistía "*es contraria a los artículos 1 (Estado de Derecho), 9.3 (seguridad jurídica), 14 (igualdad de todos los españoles) y 117 (independencia y exclusividad judicial), (...)*". Reyes Aragón, Manuel (2023a), "*¿Constructivismo jurídico?*", El Mundo, 20 de septiembre de 2023: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1237089&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=22/9/2023

¹² LOCKE, John (2004), "*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*", Alianza Editorial, Cuarta Reimpresión, pp. 149 y 150.

El Tribunal Constitucional, argumentando que la Constitución emana de la voluntad soberana del pueblo español como poder constituyente, es claro al afirmar la normatividad, supremacía y directa aplicación de la Constitución frente a cualquier tentación del poder legislativo de aprobar leyes contrarias a la Constitución. Por tanto, la soberanía nacional no reside de forma primigenia en el parlamento sino en la aplicación efectiva de la Constitución para cumplir con la voluntad del poder constituyente. Constitución que solo puede ser reformada por el poder constituyente constituido que ha designado el propio poder constituyente en la Constitución, como ha explicado el profesor Brewer-Carías¹³.

En palabras del TC, *“la Constitución es norma cualitativamente distinta (...) por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales (...), norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”*¹⁴. La aplicación de la Constitución en lo que respecta a la vigencia del Estado de Derecho, de la igualdad ante la ley, y de la exclusividad del poder judicial, no puede depender de ninguna otra norma, aunque tenga rango de ley:

“Lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta su desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella... Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales”.¹⁵

2. Derogación del Estado social y democrático de Derecho que proclama el art. 1 CE

El art. 1 de la Constitución proclama que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

La derogación por la amnistía de sentencias y procedimientos judiciales conlleva una anulación del poder judicial y por ende de uno de los requisitos esenciales del Estado de Derecho, como ha reconocido el Consejo General del Poder Judicial en su Declaración institucional del 6 de noviembre de 2023¹⁶. De este modo, la ley de amnistía implica un descono-

¹³ *“El derecho ciudadano más importante y esencial en el constitucionalismo moderno, ya lo hemos señalado, es el derecho a la supremacía constitucional, es decir, el derecho de todo ciudadano a que la Constitución, que es la norma suprema de la sociedad, se respete por todos. Ese es uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, que ha provocado el desarrollo progresivo de mecanismos de protección y defensa de la Constitución, en particular, las acciones de inconstitucionalidad y amparo y las acciones contencioso-administrativas. Toda violación de la Constitución, en definitiva, es una violación de la voluntad popular, que ningún país democrático puede tolerar. La Constitución, en el republicanismo democrático moderno, es la expresión de la voluntad del pueblo, que sólo el pueblo, conforme a sus dictados, puede cambiar. En Venezuela, el pueblo, como Poder Constituyente y mediante sus representantes, se dio una Constitución, la de 1961. Esa Constitución establece que sólo puede ser reformada conforme a los dictados de ese Poder Constituyente, es decir, conforme a lo indicado en sus artículos 245 y 246, relativos a las enmiendas y a las reformas constitucionales”*. BREWER CARÍAS, Allan (2022), *“La muerte de una Constitución. El proceso constituyente desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema”*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello, n° 9, Caracas, Venezuela.

¹⁴ STC 9/1981, de 31 de marzo.

¹⁵ STC 16/1982, de 28 de abril.

¹⁶ Según dicha Declaración, publicada en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->:

“Ello es así, primero, porque no es compatible con el principio de Estado de derecho proclamado por el artículo 1 de nuestra Constitución, y ni tan siquiera con el principio de responsabilidad de los poderes públicos al que se refiere su artículo 9.3, que los responsables políticos queden exen-

cimiento del tipo de Estado en el que se constituye España conforme a la Constitución, y por ende, una suplantación del poder constituyente. En suma, un cambio del régimen jurídico-político sin contar con el consentimiento del poder constituyente¹⁷, lo que convierte *per se* a cualquier proposición de ley de amnistía en una proposición totalmente contraria la Constitución.

Tras la confirmación por el acuerdo PSOE-Junts (publicado el 9 de noviembre de 2023), de que la investidura del candidato del PSOE se va a basar en (i) una amnistía de todas las conductas delictivas realizadas en Cataluña desde 2012 a 2023 por los funcionarios y políticos en la órbita del independentismo, (ii) la creación de comisiones parlamentarias para juzgar si los propios jueces han dirigido procedimientos por motivos políticos (“lawfare”), (iii) además de un reconocimiento de que Cataluña es una sanción soberana y (iv) de la celebración de un referéndum de autodeterminación (vulneración del art. 2 CE), todas las asociaciones de jueces han emitido una Declaración conjunta el 9 de noviembre de 2023¹⁸ en la que destacan que la ley de amnistía y el resto de puntos del pacto PSOE-Junts para investir al candidato del PSOE suponen una vulneración de la democracia y el Estado de Derecho:

“Ante el documento suscrito por PSOE y Junts para facilitar la investidura, las asociaciones judiciales firmantes mostramos nuestro rechazo por las referencias al “lawfare o judicialización de la política” y sus consecuencias. El texto del acuerdo alcanzado contiene explícitas referencias a la posibilidad de desarrollar comisiones de investigación en sede parlamentaria a fin de determinar la presencia de situaciones de judicialización de la política, con las consecuencias que, en su caso pudieran dar lugar a acciones de responsabilidad o modificaciones legislativas.

Ello podría suponer, en la práctica, someter a revisión parlamentaria los procedimientos y decisiones judiciales con evidente intromisión en la independencia judicial y quiebra de la separación de poderes. Los jueces han de estar sometidos únicamente al imperio de la ley, puesto que así lo establece expresamente el artículo 117.1 de la Constitución.

tos de responder de sus delitos ante los tribunales, cualquiera que sea la naturaleza de sus delitos, para que un aspirante a Presidente del Gobierno pueda conseguir el beneficio personal y político de impedir el gobierno de otras fuerzas políticas o, expresado por su reverso, para poder mantenerse en el gobierno. Ello supone degradar y convertir nuestro Estado de derecho en objeto de mercadeo al servicio del interés personal que pretende presentarse, desde el rechazo al pluralismo político, como el “interés de España”.

Segundo, porque supone generar una clase política jurídicamente irresponsable e impune por sus delitos lo que, con no justificarse en ningún fin constitucionalmente legítimo, supone contravenir no ya el principio de responsabilidad de los poderes públicos, sino incluso el más elemental principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley que proclama el artículo 14 de la Constitución.

Tercero, porque se violenta la independencia de los tribunales en su aspecto más básico: si la independencia es el instrumento necesario para que los tribunales puedan actuar con neutralidad y garantizar, mediante la efectividad de sus decisiones, el principio de seguridad jurídica, mal puede hablarse de independencia ni de seguridad jurídica cuando unas fuerzas políticas utilizan las leyes en su beneficio para impedir la acción de los tribunales. La enormidad de las consecuencias de lo que se ha anunciado por el Presidente del Gobierno en funciones es que convierte la independencia de los tribunales y la seguridad jurídica, la justicia en suma, en una quimera.”

¹⁷ ZARZALEJOS, José Antonio (2023), “El pacto de Bruselas tumba la transición”, El Confidencial, 9 de noviembre de 2023: https://blogs.elconfidencial.com/espana/notebook/2023-11-09/el-pacto-de-bruselas-tumba-la-transicion_3770886/

¹⁸ El Debate, “Todas las asociaciones judiciales, incluida la de izquierda, cargan contra un acuerdo que habla de ‘lawfare’”, 8 de noviembre de 2023: https://www.eldebate.com/espana/20231109/cuatro-asociaciones-judiciales-sobre-lawfare-amnistia-no-aceptable-someter-revision-parlamentaria-decisiones-judiciales_152490.html

Estas expresiones, en cuanto traslucen alguna desconfianza en el funcionamiento del Poder Judicial, no son aceptables. El Poder Judicial en España es independiente, no actúa sometido a presiones políticas y dispone de un sistema de garantías jurisdiccionales que aparta el riesgo que se apunta.”

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional se ha apoyado en la cláusula del Estado de Derecho para rechazar las vías de hecho de los poderes públicos (ATC 525/1987), para exigir la motivación de las sentencias judiciales (STC 55/1987) o para imponer el carácter obligatorio de su cumplimiento (STC 67/1984). Estado de Derecho como Estado constitucional de Derecho, de forma que ninguna ley puede vulnerar la Constitución ni por ende desconocer los poderes derivados establecidos por la Constitución (en este caso la labor del poder judicial).

3. *Vulneración del artículo 62 i) CE que prohíbe los indultos generales*

El artículo 62 i) de la CE permite al Rey ejercer la potestad de indulto particular¹⁹, nunc general, que implica el perdón de la pena impuesto, pero en ningún caso una amnistía que conlleve el borrado del delito ni por ende entender que la labor judicial y del resto de poderes del Estado al perseguir una conducta delictiva no fue válida, y que dichas conductas eran legítimas. En este sentido, el artículo especifica que corresponde al Rey:

“i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”

Si están prohibidos los indultos generales también es por tanto inconstitucional otorgar un indulto general mediante una ley de amnistía, que además va más allá de un indulto general por implicar que esas conductas consideradas delictivas por los tribunales no lo fueron.

4. *Los principios de interdicción de la arbitrariedad, jerarquía normativa y seguridad jurídica*

La anulación de la labor del poder judicial y del Ejecutivo (las fuerzas de seguridad que ejecutaron los autos y sentencias judiciales), conllevaría la vulneración de los principios superiores del ordenamiento jurídico establecidos en el artículo 9 de la CE, entre ellos la interdicción de la arbitrariedad, jerarquía normativa y seguridad jurídica:

A. *Interdicción de la arbitrariedad*

De conformidad con este principio, los poderes públicos (incluido el legislativo) no pueden actuar de forma arbitraria, lo que implica que está proscrita la desviación de poder, como incluye la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, desviación de poder entendida como uso de potestades públicas para fines distintos de los contemplados en el ordenamiento jurídico. Por tanto, cuando el poder legislativo aprueba una Ley (sin los informes correspondientes que hubieran sido aconsejables de Consejo de Estado o CGPJ), que vulnera la Constitución y la separación de poderes en ella incluida, está utilizando sus potestades derivadas para un fin no contemplado en la Constitución e incurriría en arbitrariedad.

Además, en relación con el poder legislativo, el Tribunal Constitucional ha dictaminado que *“el acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación -que ésta concierne al artículo 14-, sino a las exigencias que el artículo 9.2 conlleva, a fin de promo-*

¹⁹ Indulto que deber estar motivado en un expediente. Indulto que el Gobierno concedió a determinados políticos independentistas, pero respecto al que el TC recientemente ha considerado constitucional la negativa al acceso al expediente sobre dichos indultos que pidió el GP Popular a la Mesa del Congreso.

ver la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley". (STC 27/1981, de 20 de julio).

En este caso, se estaría anulando la labor del poder judicial respecto a personas determinadas que cometieron delitos concretos en un territorio determinado, y por tanto, otorgando una situación de privilegio de forma arbitraria a unos sujetos procesales frente al resto de ciudadanos que sí tienen que cumplir la sentencias judiciales.

También en conexión con el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional se ha referido a este principio en su Sentencia 71/1993, de 1 de marzo: *"A través de numerosas resoluciones este Tribunal ha establecido una constante y uniforme doctrina según la cual el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, protegido por el artículo 14 CE y conectado con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 CE, significa, en relación con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que un mismo Juez o Tribunal no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen"*.

B. Jerarquía normativa

De conformidad con este principio, las normas de rango inferior no pueden oponerse a las de rango superior y conforme al artículo 9.1 de la Constitución todos los poderes públicos y los ciudadanos están sometidos a la Constitución, incluido el legislativo en su labor de aprobar leyes. El ordenamiento está ordenado de forma jerárquica y en su cúspide se halla la Constitución, de modo que no existe legitimación democrática alguna del legislativo en aprobar leyes que vayan contra la exclusividad del poder judicial, la igualdad ante la ley y los principios constitucionales del art. 9 de la CE. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 17/1981, de 1 de junio, ha expresado que *"la estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple aplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal, que, en cierto sentido, es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley"*.

Como el artículo 117 de la CE otorga exclusivamente a los jueces la facultad de juzgar, la CE solo permite los indultos concretos en su artículo 62, no indultos generales: *Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.*" De este modo se vulneraría el principio de jerarquía normativa si una Ley fuera más allá del artículo 62 y otorgara una amnistía (más allá de un indulto), anulando la labor del poder judicial que le corresponde en exclusiva conforme al 117 de la CE.

C. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica es *"suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad"*, conforme ha establecido la sentencia del TC 27/1981, de 20 de julio.

En el mismo sentido, la STC 46/1990, de 15 de marzo se refiere a este principio en estos términos: *“la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”*.

Claramente un legislador que aprueba una Ley para amnistiar conductas cometidas por determinados políticos y anulando la labor judicial, provoca que los operadores jurídicos no puedan tener la seguridad jurídica de si el poder judicial existe y si tiene las facultades que le otorga el artículo 117 de la CE.

5. *Vulneración del principio de igualdad ante la ley, derecho fundamental del artículo 14 CE*

Como hemos citado, una actuación del poder legislativo es arbitraria cuando socava la igualdad ante la ley del art. 14 de la CE²⁰, al privilegiar procesalmente a unos sujetos para no cumplir las sentencias judiciales y anular la labor del poder judicial frente a su conducta. Por tanto, la vulneración de la igualdad ante la ley es también vulneración de la interdicción de la arbitrariedad, como principio supremo del ordenamiento ex art. 9 CE, conforme ha declarado el Tribunal Constitucional.

En relación con la igualdad en la aplicación de la ley por los miembros del Poder Judicial es conveniente consultar las Sentencias del TC 8/1981, de 30 de marzo; 49/1982, de 14 de julio; 30/1987, de 11 de marzo; 66/1987, de 21 de mayo; 144/1988, de 12 de julio; 141/1994, de 9 de mayo; 112/1996, de 24 de junio; 2/1997, de 13 de enero; 29/1998, de 11 de febrero; y 150/2001, de 2 de julio 129/2004 de 19 julio, o la Sentencia núm. 31/2008 de 25 febrero.

En ellas el Tribunal Constitucional parte de la afirmación de que la sujeción de los jueces al principio de igualdad ha de lograrse sin merma de la independencia judicial, que es un componente esencial del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución (artículo 1.1 y 117.1).

El Tribunal Constitucional entiende que un juez, cuando se aparta de una doctrina jurisprudencial anterior, o cuando existan divergencias interpretativas entre los jueces, ello no conduce directamente a una quiebra del principio de igualdad, y por tanto que un órgano judicial puede cambiar de criterio sin violentar el principio de igualdad, *siempre que tal cambio sea motivado y se advierta el propósito de aplicarse con carácter general*. Pero en ningún caso permite el Tribunal Constitucional que el poder legislativo anule la labor judicial para así no aplicar la Constitución y la ley a conductas ya juzgadas, que eso sería lo que provocaría una Ley de Amnistía. Precisamente porque la supremacía de la Constitución frente a todos los poderes públicos (9.1 CE) impide que el legislativo anule la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que corresponde en exclusiva al poder judicial (art. 117 CE), como veremos a continuación.

²⁰ *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

6. *La exclusividad de la función jurisdiccional conforme al artículo 117 de la CE y a la jurisprudencia del TC*

Conforme al art. 117 de la 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, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

La Constitución de Cádiz de 1812 vedaba a las Cortes o al Rey el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la avocación de causas pendientes o el mandamiento de apertura de juicios fenecidos.

La exclusividad tiene una vertiente positiva reconducible a que los Jueces y Magistrados sean los únicos que juzguen y hagan ejecutar lo juzgado, sin injerencias de los otros poderes del Estado o de otras instancias. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional (STC 265/1988, de 22 de diciembre) ha señalado que el principio de exclusividad está reñido con el automatismo en la concesión de efectos civiles a decisiones acordadas en el ámbito de la jurisdicción canónica.

Naturalmente el art. 117.3 está estrechamente relacionado con el derecho al Juez predefinido por la ley que garantiza el art. 24.2 CE.

En su sentencia 70/2022, el TC ha remarcado que: “*El principio de exclusividad jurisdiccional (al que algunos autores denominan principio de exclusividad en sentido negativo) es el reverso del principio de reserva de jurisdicción.*”

Y de forma absolutamente clara en esa reciente sentencia el TC prohibió que otros poderes del Estado (como el legislativo) ejerzan cualquier función jurisdiccional, y por tanto no puede el Parlamento mediante Ley de Amnistía anular la función jurisdiccional (acuérdesse que la Ley de 1977 era anterior a la Constitución democrática actual de 1978 ya que en 1977 no existía un ordenamiento democrático) (énfasis añadido):

“Este mandato de exclusividad del art. 117.3 CE impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional. Y también impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dicho de otro modo, el principio de exclusividad jurisdiccional es el reverso del principio de reserva de jurisdicción y es corolario de la independencia judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE). En efecto, el principal rasgo que define a la función jurisdiccional y que la distingue de otras funciones públicas es que ha de ejercerse con independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley. La independencia es atributo esencial del ejercicio de la jurisdicción, que en exclusiva corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, y se erige en pieza esencial de nuestro ordenamiento constitucional. Como este tribunal ha señalado, “en un Estado democrático de Derecho, [...] la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley constituye uno de sus pilares básicos” (STC 48/2001, FJ 4).”

Según el TC, en sentencias 48/2001 y la reciente 70/2022, la exclusividad de los jueces para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es “*pieza esencial de nuestro ordenamiento constitucional*”, y “*en un Estado democrático de Derecho, [...] la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley constituye uno de sus pilares básicos*”.

7. *El informe de Letrados de las Cortes de 2021 ya confirmó la inconstitucionalidad de una amnistía*

El 23 de marzo de 2021, la Mesa del Congreso de los Diputados inadmitió a trámite la proposición de ley orgánica de los grupos parlamentarios de ERC y Plural (Junts, la CUP y el PDeCAT) de Amnistía y resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español (escrito número 122/000132/0000).

Dicha decisión de la Mesa de la cámara vino precedida por un informe preliminar de la Dirección de Asesoría Jurídica del Congreso²¹ que aconsejó la inadmisión a trámite de la proposición de ley, porque los letrados consideraron que se trataba de un «indulto de carácter general» camuflado. Y que, por tanto, era contraria al artículo 62 i) de la Constitución (LA LEY 2500/1978): «Corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales». «Con independencia de cómo se titule y del objetivo de la proposición de ley analizada, ésta contiene en sí misma todos los elementos de un indulto de carácter general»

El acta de referida reunión de la Mesa del Congreso comienza así: “Por la manera en la que se definen los hechos que quedarían comprendidos en el ámbito objetivo de la ley y especialmente por la forma en que se concreta el alcance del concepto de intencionalidad política, así como por la individualización de los procedimientos que se hace en la citada disposición adicional única, cabe concluir, indica el Sr. Secretario General, que con independencia de cómo se titule y del objetivo de la proposición de ley analizada, ésta contiene en sí misma todos los elementos de un indulto de carácter general. A este respecto ha de recordarse que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 i) de la Constitución, no caben en nuestro sistema constitucional los indultos generales. En consonancia con ello, frente a la previsión del Código Penal de 1973 (artículo 112), en el vigente Código Penal de 1995 (artículo 130) no se contempla como causa de extinción de la responsabilidad criminal la amnistía, sino tan solo el indulto que, como se ha señalado, por expresa previsión constitucional solo puede tramitarse y concederse de manera individual.”

8. *Posible vulneración de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y de las Leyes 50/1997 y 39/2015 al estar el Gobierno redactando un proyecto de ley en negociaciones con grupos parlamentarios sin dar trámite de consulta pública ni publicar el texto objeto de negociación*

Finalmente, la negociación de la amnistía a espaldas del poder constituyente español, además de implicar un fraude constitucional por derogar la Constitución sin llevar a cabo una reforma constitucional con consulta al pueblo español, implicaría una vulneración de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno²², pues como han reconocido públicamente diversos grupos parlamentarios, el Gobierno habría negociado de forma expresa con los grupos independentistas catalanes dicha amnistía, sin publicar los textos de esas negociaciones, a pesar de que después dicha Ley fuera planteada como proposición de Ley por los grupos parlamentarios.

Dicha Ley 19/2013 venía a desarrollar lo que contempla el artículo 105 de la CE: “La Ley regulará (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”. La negociación de una Ley que vulnera la Constitución, expresada de forma palmaria por un Gobierno, no puede estar excepcionada de la Ley de transparencia, puesto que no afecta a la seguridad del Estado ni a la intimidad de las personas, sino que más bien afecta a la soberanía del Estado al derogar la Constitución. Y más cuando tanto la Ley 50/1997, del Gobierno, como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, obliga a los poderes públicos a realizar

²¹ Conforme informaciones de 7 de septiembre de 2023, de El Debate, “El acta de la reunión en la que la Mesa del Congreso vetó la amnistía en 2021: el letrado fue tajante”: https://www.eldebate.com/espana/20230907/acta-reunion-mesa-congreso-veto-amnistia-2021-letrado-tajante_138139.html

²² El PNV confirma que hay borradores de la ley de amnistía “desde hace tiempo” (msn.com), El Economista, 6 de octubre de 2023.

un proceso de consulta pública previo a la redacción de un proyecto de ley y a otorgar la audiencia a los ciudadanos afectados tanto por proyectos de ley como por disposiciones reglamentarias.

V. UNA LEY DE AMNISTÍA SERÍA CONTRARIA AL ARTÍCULO 2 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO SE DERIVA DE JURISPRUDENCIA REITERADA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

En los últimos tiempos, se ha pretendido aludir a una supuesta legitimación de una Ley de Amnistía de 2023 en precedentes internacionales, como alude un artículo del diario El País²³. Sin embargo, el análisis del citado periódico no menciona el artículo 2 del Tratado de la UE sino resoluciones del Consejo de Europa sobre la facultad general de los Estados de conceder amnistías, pero ello siempre que no conculquen la igualdad ante la ley y el Estado de Derecho, así como los tratados internacionales. Otorgar una amnistía sería contrario al artículo 2 del Tratado de la UE, ya que se vulneraría la independencia del poder judicial como pilar del Estado de Derecho, tal y como ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). El citado artículo periodístico alude a sentencias del TC que se refieren a la legalidad de la amnistía otorgada en 1977: “*La Constitución no restringe la amnistía. No hay restricción constitucional directa sobre esta materia, estableció el tribunal de garantías en su STC 147/1986. La amnistía de 1977 está viva y es actual*”, pero se está refiriendo a la amnistía sobre actuaciones que eran consideradas delitos bajo un régimen no democrático, como el que existió antes de la Constitución de diciembre de 1978.

Lógicamente, esas sentencias del TC que validan la Ley de Amnistía de 1977, aprobada por las Cortes constituyentes en relación a conductas cometidas durante el régimen franquista, no están hablando de amnistías sobre delitos constatados por un poder judicial independiente en un Estado democrático, ya que sería como suprimir el propio artículo 117 de la CE, cuando ya hemos dicho que el TC, en muchas sentencias, ha declarado claramente que ningún otro poder del Estado puede arrebatar a los jueces la exclusividad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Como hemos dicho, suprimir la labor del poder judicial es además contraria al artículo 2 del Tratado de la UE (TUE), como se sabe norma de directa aplicación en España y con primacía sobre el propio derecho interno en virtud de la jurisprudencia del TJUE (sentencias “*Van gend en Loos*”, “*Costa vs Enel*”, “*Simmenthal*”, “*Faccini Dori*”, etc.)²⁴. Este artículo 2 del TUE es muy claro:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

El Tribunal de Justicia de la UE ha sido muy claro en sentencias que declaran contraria al derecho de la UE medidas de Polonia y Hungría que llevaron a jubilar anticipadamente y cambiar la composición del órgano de gobierno de los jueces.

²³ El diario El País publicó el 5 de octubre de 2023 el artículo con el título “*El Tribunal Constitucional respalda en 22 sentencias el encaje de una amnistía*”: <https://elpais.com/espana/2023-10-05/el-tribunal-constitucional-respalda-en-22-sentencias-el-encaje-de-una-amnistia.html>

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/the-direct-effect-of-european-union-law.html>

En concreto la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento contra Polonia (arts. 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la UE), al considerar, en la sentencia del asunto C-192/18²⁵:

“42 Procede recordar que, como se desprende del artículo 49 TUE, que prevé la posibilidad de que cualquier Estado europeo solicite el ingreso como miembro de la Unión, esta se compone de Estados que se han adherido libre y voluntariamente a los valores comunes proclamados en el artículo 2 TUE, los respetan y se comprometen a promoverlos, de modo que el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, tales valores (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros, C-621/18, EU:C:2018:999, apartado 63 y jurisprudencia citada).

43 Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros y, en particular, sus órganos jurisdiccionales, en el reconocimiento de esos valores en los que se fundamenta la Unión, entre ellos el Estado de Derecho, y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica [véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 30, y de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 35].”

En un Auto dictado por la Vicepresidenta del TJUE, el 19 de octubre de 2018, se obligó a Polonia a suspender inmediatamente la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la reducción de la edad de jubilación en los jueces del Tribunal Supremo polaco. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió un auto en relación con el caso C-619/18 R Comisión Europea vs Polonia, en el que señala que Polonia *«debe suspender inmediatamente»* la aplicación de las disposiciones de su legislación relativa a la reducción de la edad de jubilación de los magistrados de su Corte Suprema. Así, los motivos de hecho y de Derecho invocados por la Comisión justifican la concesión de medidas cautelares. El TJUE, *«atendiendo a la gravedad de la situación, ha decidido otorgar las medidas provisionales pedidas por la Comisión Europea»*. No obstante, previamente debió seguirse un recurso por incumplimiento por la Comisión Europea (arts. 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la UE) que tiene una fase prejudicial donde el Gobierno del Estado investigado puede presentar alegaciones y tiene una duración mínima de 4 meses.

El TJUE ha dejado claro en la citada sentencia 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16 que:

“la noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o subordinación respecto a terceros (véase el poder legislativo) y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquier que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones”.

En otra sentencia, de 25 de julio de 2018, *“Minister for Justice and Equality”*, asunto C216/18 PPU) el TJUE ha declarado que:

“La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes a los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho”.

²⁵ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3851512>

Por tanto, una Ley de amnistía en 2023 que anulase la labor del poder judicial y del poder ejecutivo respecto a los delitos derivados de la declaración de independencia de Cataluña de 2017, sería contraria al Tratado de la UE y a la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, con posibles sanciones para España, incluida suspensión o no desembolso de fondos europeos, conforme al Reglamento de condicionalidad de 2020, denominado “*Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión*”²⁶.

Como ha resumido Carlos Fernández de Casadevante²⁷, el TJUE deja claro que:

1. No hay Estado de Derecho sin independencia judicial.
2. La necesidad de independencia judicial de los jueces se integra en el contenido esencial del derecho a un juicio justo.
3. La exigencia de independencia de los órganos judiciales comprende que ejerzan sus funciones de forma totalmente autónoma, sin estar subordinado a ningún otro órgano y sin recibir órdenes de ninguna fuente externa.

Recientemente, la Comisión Europea ha suspendido la entrega de fondos EU Next Generation a Hungría conforme a dicho Reglamento por vulneraciones del Estado de Derecho²⁸.

Además de estas sanciones, el artículo 7 del TUE contempla un mecanismo preventivo por grave riesgo de vulneración del Estado de Derecho (declaración del Consejo de la UE por 4/5 de los votos y aprobación del Parlamento Europeo, a instancias de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo o un tercio de los Estados miembros, y otro sancionador en forma de suspensión de votos en el Consejo de la UE si por mayoría cualificada el Consejo de la UE constata una vulneración grave del Estado de Derecho. Y cabe recordar que el artículo 4 del TUE comprende el principio de “colaboración leal” de los Estados miembros como pilar esencial de pertenencia a la UE y de efectividad del ordenamiento europeo, principio que estaría vulnerando el Parlamento español de aprobarse esa Ley de Amnistía por vulnerar claramente la igualdad, la separación de poderes, la independencia judicial y el Estado de derecho como valores del art. 2 del TUE.

En consecuencia, la aprobación de una Ley de Amnistía además de vulnerar la Constitución y derogarla en la práctica, conllevaría el grave riesgo de que España se viera sancionada por la UE por vulnerar el artículo 2 del TUE.

No solo es que la Comisión Europea podría promover la suspensión de fondos europeos conforme al Reglamento de condicionalidad de 2020, sino que los magistrados implicados podrían plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE, suspendiendo las actuaciones judiciales hasta que el TJUE se pronuncie sobre si la Ley de Amnistía es acorde a los valores del artículo 2 del TUE (democracia, igualdad y Estado de Derecho). Lógicamente los magistrados del Tribunal Supremo son los más implicados pues al ser corte de última instancia estos magistrados tienen obliga-

²⁶ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-M-2020-81932>

²⁷ Fernández de Casadevante Romani, Carlos (2021), “*Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 5ª ed, Madrid, pp. 62 y 63.

²⁸ Consejo de la UE (2022), “*Mecanismo de condicionalidad del Estado de Derecho: el Consejo decide suspender el pago de 6 300 millones de euros debido a las medidas correctoras parciales por parte de Hungría*”, comunicado de prensa de 12 de diciembre de 2022 (consultado el 6 de octubre de 2023): <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/12/rule-of-law-conditional-mechanism/>

ción de plantear la cuestión prejudicial a solicitud de cualquiera de las partes procesales implicadas (según el artículo 267 del TJUE²⁹ los restantes tribunales pueden plantearla solo si lo decide el tribunal, sin que las partes puedan obligar a tribunales inferiores a plantearla).

En todo caso, los encausados podrían solicitar la libertad provisional en aplicación de la “ley penal más favorable” y de la efectividad de las leyes conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre cuándo hay que plantear la cuestión prejudicial³⁰, como sería la Ley de Amnistía, de modo que hasta que resuelva el TJUE la cuestión prejudicial no es probable que se impidan los efectos de la Ley de Amnistía con el mero planteamiento por un tribunal de la cuestión prejudicial.

²⁹ “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

c) Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

³⁰ En sentencia 37/2019, el TC adoptó un canon muy estricto para enjuiciar la decisión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre del 2016 -sobre el bono social eléctrico- de inaplicar una ley nacional sin plantear cuestión prejudicial.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019, de 26 de marzo, otorga el amparo a la Administración del Estado y anula la Sentencia el Tribunal Supremo de 24 de octubre del 2016 -así como el auto de dicha Sala por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones frente a dicha sentencia- por estimar que se vulneró el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías al haber inaplicado una ley sin elevar previamente la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en el caso de la inaplicación de una ley nacional por considerarla contraria al Derecho comunitario, el canon de enjuiciamiento del no planteamiento de la cuestión prejudicial es más estricto, de tal forma que compete al Tribunal Constitucional entrar a verificar el cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular, de la recaída en la Sentencia CILFIT, para determinar si está efectivamente justificado, bien porque la cuestión sea materialmente idéntica a otra que ya hubiera sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo (doctrina del «acto aclarado»), bien porque la correcta aplicación del Derecho comunitario pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (doctrina del «acto claro»).

La conclusión a la que llegó el Tribunal Constitucional en ese caso es que las sentencias del TJUE traídas a colación por el Tribunal Supremo no configuraron un supuesto de “acto aclarado”, por estimar que lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea atañe a directivas distintas y porque «incide en casos de muy dudosa analogía».

La sentencia entra así a controlar el criterio mantenido por el Tribunal Supremo sobre la concurrencia de los presupuestos necesarios para aplicar la doctrina del acto aclarado, y lo considera infundado, por lo que declara que el órgano judicial no estaba exonerado de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE y estima en consecuencia el recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, declarando la nulidad de la sentencia y ordenando la retroacción de las actuaciones.

Precisamente porque el Tribunal Constitucional siempre es muy expansivo al proteger el derecho a la tutela judicial efectiva y podría entender que la no aplicación de la ley española podría ser contraria a los derechos penales de los encausados mientras no se declare contraria al derecho de la UE por el TJUE.

Los casos más sonados donde el TJUE adoptó una medida cautelar de suspensión de una Ley, fueron el del auto de 19 de octubre de 2018 (dictado en el asunto C619/18) y el del auto dictado en el seno del asunto C791/19.

El primer caso fue en efecto el caso de la Ley polaca sobre el Consejo de la Magistratura que obligaba a la jubilación de determinados jueces no afines³¹. Pero primero tuvo la Comisión Europea que iniciar un recurso por incumplimiento, que tiene una fase previa que suele durar un mínimo de 6 meses ante el Estado miembro (artículo 258 Tratado de Funcionamiento de la UE)³². En ese Auto el TJUE argumentó que:

“el artículo 16, párrafo 7, del reglamento de procedimiento autoriza al juez que conoce de una solicitud de medidas provisionales para adoptar tales medidas, a título precautorio» (Auto del presidente del TJUE de 2 de febrero del 2018, C-65/18, con cita de otros anteriores).

En el Auto se fundamenta la suspensión cautelarísima de la citada Ley con base en:

“El fundamento en los Tratados de la Competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para adoptar medidas cautelares se encuentra en los artículos 278 y 279 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El primero dispone lo siguiente: «Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado». Y en el segundo se establece que «el Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos en que esté conociendo». Por su parte, el artículo 160.7 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia habilita al presidente a adoptar medidas provisionales «incluso antes de que la otra parte haya presentado sus observaciones”.

El citado Auto del TJUE, dictado el 19 de octubre de 2018, se emitió 6 meses después de la aprobación de la ley, fue declarado posteriormente inconstitucional por el Tribunal Constitucional Polaco, algo que es posible que ocurra si el TJUE suspende posteriormente la Ley de Amnistía³³.

³¹ Comunicado de prensa n° 159/18 del Tribunal de Justicia de la UE, de 19 de octubre de 2018 “Auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia en el asunto 619/18 R”: “El 3 de abril de 2018 entró en vigor la nueva ley polaca que regula el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, «Ley del Tribunal Supremo» (...)) El 2 de octubre de 2018 la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. La Comisión estima que, por una parte, al reducir la edad de jubilación y al aplicarla a los jueces nombrados para el Tribunal Supremo hasta el 3 de abril de 2018, y, por otra, al conferir al Presidente de la República de Polonia la facultad discrecional de prorrogar la función jurisdiccional activa de los jueces del Tribunal Supremo, Polonia ha infringido el Derecho de la Unión.” <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/cp180159es.pdf>

³² “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.
Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”

³³ Como relata Araceli Mangas Martín: “Hasta tal punto había indicios de vulneración de derechos (*fumus boni iuris*) que la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia (Rosario Silva Lapuerta) decidió aplicar medidas provisionales, a petición de la Comisión, por el grave e irreparable daño que se

En el segundo caso (asunto 791/19), el Auto del Tribunal de Justicia de la UE de 8 de abril de 2020³⁴, estableció la suspensión cautelar frente a la Ley del Tribunal Supremo polaca, tras un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 258 TFUE, por la Comisión Europea el 25 de octubre de 2019 con la pretensión de que se declare que la República de Polonia había incumplido las obligaciones que le incumben conforme al TUE. Esa Ley del Tribunal Supremo de Polonia, que entró en vigor el 3 de abril de 2018, creó dos nuevas salas del *Sąd Najwyższy* (Tribunal Supremo), una de ellas la Sala Disciplinaria, contemplada en el artículo 3, punto 5, de esa Ley. Como se ve en este segundo caso, la suspensión cautelar fue otorgada un 8 de abril de 2020 pero la Ley había entrado en vigor el 3 de abril de 2018, es decir estuvo en vigor 2 años hasta su suspensión.

En todo caso, el TC español puede utilizar, como en el caso del TC de Polonia, sus potestades para garantizar la vigencia de una ley que haya sido objeto de una cuestión prejudicial por un juez español, de modo que es previsible que aunque magistrados y jueces presenten una cuestión prejudicial sobre la Ley de Amnistía, el TC exija aplicarla en beneficio de los miles de encausados para que salgan libres antes de que el TJUE resuelva la cuestión prejudicial, y por ende es previsible que exista un choque entre el TC y el TJUE y el TC evite que se suspenda la Ley de Amnistía por el planteamiento de cuestiones prejudiciales³⁵.

Es verdad que conforme al artículo 4bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de octubre, del Poder Judicial todos los tribunales españoles deben colaborar en la aplicación del derecho de la UE, y conforme al artículo 4.3 del TUE:

podía producir (periculum in mora), sin esperar a las observaciones de Polonia, suspendiendo la aplicación de las normas de jubilación y nuevos nombramiento” (...)Auto de 19 de octubre de 2018, Comisión/Polonia (C619/18 R, EU: C:2018:852); confirmado por el auto del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2018, Comisión/Polonia (C-619/18 R, EU: C:2018:1021).

Dicho Auto inicial C-619/18 R fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional polaco el 14 de julio de 2021, asunto 7/20, <https://trybunal.gov.pl/s/p-7-20> estimando incompatibles con la Constitución polaca el artículo 4.3 TUE (la obligación de lealtad) y el artículo 279 TFUE (que permite ordenar medidas provisionales). Naturalmente, la sentencia del TC polaco es una gravísima violación de las obligaciones comprometidas con Polonia desde su adhesión a la UE”. Mangas Martín, Araceli (2021), “Defensa del Estado de Derecho por la Unión Europea: la rebeldía de Polonia a la independencia judicial”, Anuarios de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Anales 2020-2021), pp. 527-547, BOE, Madrid, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2021-10052700548

³⁴ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225141&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1553500>

³⁵ Como ha explicado Isaac Ibáñez García, en virtud de la sentencia del TC 37/2019 (énfasis añadido), “Pueden destacarse tres consecuencias de esta doctrina. La primera, apuntada por Sarmiento, se refiere a la preocupación subyacente del TC por ver socavado su monopolio de control sobre la legalidad ordinaria al permitirse a los jueces ordinarios inaplicar normas de rango legal cuando tengan la convicción de que contravienen el ordenamiento europeo. De acuerdo con la CE, solo el TC puede decidir si una norma con rango de ley es o no admisible en el ordenamiento jurídico. Para el TC, permitir a los jueces ordinarios que inapliquen normas nacionales sin mediar mandato expreso del TJUE al efecto supone ceder parte de ese monopolio. El TC, empero, obvia que la facultad de inaplicar las normas nacionales cuando resultan contrarias al Derecho de la UE es atribuida a los jueces ordinarios directamente por este ordenamiento, cuya primacía sobre el nacional resulta incuestionable”. IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac (2020), “El Tribunal Constitucional español, ¿juez nacional de última instancia del Derecho de la Unión Europea?: Un Amicus Curiae ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR nº 36 (2020), Universidad Complutense de Madrid: <https://www.uclm.es/data/cont/docs/595-2020-10-17-1-%201b%C3%A1%C3%B1ez.pdf>

“3. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

Pero el TC puede utilizar su papel como tribunal garante de derechos fundamentales conforme a la CE para, aunque sea incumpliendo temporalmente ese artículo 4.3 del TJUE, para garantizar la libertad de los detenidos o encausados, en aplicación de la Ley de amnistía, frente a la suspensión cautelarísima que pueda dictar el TJUE, como ya hizo el TC polaco. Es evidente que posteriormente el TJUE podría condenar a España por la actuación del TC, pero en todo caso el TC podría exigir la aplicación inmediata de la Ley de Amnistía para favorecer las pretensiones del legislativo que aprobase esa Ley de Amnistía.

VI. EN TODO CASO, EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DEBERÍA TRAMITAR LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA COMO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE EXIGE MAYORÍA DE 2/3 DEL CONGRESO Y DEL SENADO Y CONVOCATORIA DE ELECCIONES A CORTES CONSTITUYENTES

Es importante tener en cuenta el papel trascendental que tienen los Letrados de las Cortes con su informe preceptivo, aunque no vinculante, para la admisión a trámite de una Proposición de Ley.

Recordemos que, a diferencia de los Proyectos de Ley, las Proposiciones de Ley de un grupo o grupos parlamentarios deben superar el trámite de toma en consideración por el Pleno de la Cámara conforme al artículo 126 del Reglamento del Congreso, y previamente los Letrados de Cortes deben realizar un informe sobre la legalidad de tal proposición de ley.

Conforme al art. 147 del Reglamento del Congreso la proposición de ley de amnistía, por implicar una reforma constitucional (incluir un indulto general proscrito por la Constitución además de anular la exclusividad del poder judicial del 117) debería ser aprobada por 2/3 del Pleno del Congreso y del Senado y después disolverse las Cortes:

“1. Los proyectos y proposiciones de ley que postularen la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte el Título Preliminar, el Capítulo II, Sección I del Título I, o al Título II de la Constitución, serán sometidos a un debate ante el Pleno, que se ajustará a las normas previstas para los de totalidad.

2. Terminado el debate, se procederá a la votación. Si votan a favor del principio de revisión las dos terceras partes de los miembros de la Cámara, el Presidente del Congreso lo comunicará al del Senado.

3. Si en esta Cámara recibiera también la mayoría de las dos terceras partes de los Senadores, el Presidente del Congreso lo comunicará al del Gobierno para que someta a la sanción del Rey el Real Decreto de disolución de las Cortes Generales.

4. Constituidas las nuevas Cortes, la decisión tomada por las disueltas será sometida a ratificación. Si el acuerdo del Congreso fuera favorable, se comunicará al Presidente del Senado.

5. Una vez tomado el acuerdo por ambas Cámaras, el Congreso, por el procedimiento legislativo común, tramitará el nuevo texto constitucional, que para ser aprobado requerirá la votación favorable de las dos terceras partes de los miembros del Congreso. De obtener dicha aprobación, se remitirá al Senado.

6. Aprobada la reforma constitucional por las Cortes Generales, el Presidente del Congreso de los Diputados lo comunicará al del Gobierno, a los efectos del artículo 168.3 de la Constitución.”

*Los Letrados de Cortes, y en especial, el Letrado Mayor, es quien podría asesorar a la Mesa sobre la necesidad de tramitar esa proposición de Ley como una proposición de reforma constitucional bajo los trámites del artículo 147 del Reglamento del Congreso*³⁶. Ello se deriva del artículo 45 del Reglamento del Congreso de los Diputados, y por ello cobra especial importancia el nombramiento del nuevo Letrado mayor, que es quien asesora directamente a la Mesa de la Cámara:

“Los Letrados prestarán en las Comisiones y respecto de sus Mesas y Ponencias el asesoramiento técnico jurídico necesario para el cumplimiento de las tareas a aquéllas encomendadas, y redactarán sus correspondientes informes y dictámenes, recogiendo los acuerdos adoptados.”

En todo caso, antes del inicio de la fase de la ponencia los letrados de la Cámara podrían poner de manifiesto que realmente esa proposición de ley es una reforma constitucional, por implicar una derogación del art. 14 (igualdad ante la ley), del artículo 62.1.) de la CE (el Rey no puede conceder indultos generales) y del art. 117 (exclusividad para juzgar del poder judicial). Así lo estipula el Acuerdo de 26 de junio de 1989 de las Mesas del Congreso y el Senado³⁷, que derogó la Resolución conjunta de 17 de febrero de 1985, que establecieron las Normas sobre régimen de asesoramiento técnico-jurídico a las Comisiones parlamentarias.

³⁶ A pesar de ello, el Letrado Mayor del Congreso recién nombrado por la Mesa de la Cámara de mayoría pro gubernamental, emitió informe el 20 de noviembre de 2023, reconociendo que, a pesar de que existan dudas sobre la constitucionalidad de la amnistía, debe primar el derecho de participación política del artículo 23 de la CE, cuando letrados del Congreso informaron de forma contraria la admisión a trámite, en la X Legislatura, de una la Proposición de Ley para permitir el Derecho de Autodeterminación de los Pueblos porque pretendía regular materias propias del Título Preliminar de la Constitución, modificando el tenor de este. Según informaciones de “demócratas.es”, consultado el 21 de noviembre de 2023, “*El informe de los letrados del Congreso permite tramitar la Ley de Amnistía*”: <https://www.democrata.es/actualidad/el-informe-de-los-letrados-permite-tramitar-la-ley-de-amnistia/>

En este caso la incoherencia de la postura del nuevo letrado mayor es palmaria, por cuanto la proposición de ley de amnistía, como hemos explicado, también afecta al título preliminar de la Constitución al desconocer el Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y los principios del art. 9 de la Carta Magna, dado que dicha amnistía supone derogar la labor del poder judicial en todo tipo de procedimientos durante más de 11 años en relación a cualquier conducta relativa a la consecución de la independencia de Cataluña. Si en su momento los letrados del Congreso en la pasada legislatura ya inadmitieron una proposición de ley que vulneraba los citados artículos, es incoherente permitir la admisión a trámite de una proposición de ley que también vulnera los citados artículos. Y más cuando el artículo 147 del Reglamento del Congreso de los Diputados obliga a tramitar los proyectos o proposiciones de ley que contengan reformas constitucionales como si de una reforma constitucional se tratase, esto es, exigiendo mayoría de 2/3 de Congreso y Senado, disolución de Cortes, idéntica mayoría de las nuevas Cortes y referéndum popular, conforme al art. 168 de la Constitución.

³⁷ En la norma cuarta, a), del nuevo texto se establece que «en apoyo del trabajo legislativo de las Comisiones, corresponderán a los Letrados las siguientes tareas:

“a) Redactar, con ocasión de cada Proposición o Proyecto de Ley encomendados a su asesoramiento, y antes de la iniciación de la fase de Ponencia, un informe con el siguiente contenido:

- Incidencia de la nueva iniciativa legislativa en la normativa vigente en la materia, con indicación de los antecedentes normativos, doctrina jurisprudencial, legislación autonómica afectada, referentes de Derecho comunitario y previsiones de los ordenamientos extranjeros que puedan resultar ilustrativas para la valoración del texto en tramitación.

- Análisis técnico-legislativo del Proyecto o Proposición, argumentando sobre la corrección de su estructura y la ordenación lógica de sus preceptos, sobre el rigor de los aspectos ortográficos, léxico y estilo, sobre la corrección de las concordancias y remisiones y la adecuación del título, el

VII. LA LEY DE AMNISTÍA SERÍA APLICABLE DESDE SU APROBACIÓN SIN QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TENGA OBLIGATORIAMENTE QUE SUSPENDER SUS EFECTOS

La importancia de la Ley de Amnistía como ley derogatoria de la esencia de la Constitución es determinante para el propio orden público y los citados principios de seguridad jurídica, jerarquía normativa e interdicción de la arbitrariedad, por cuanto, como veremos, no existe en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional un precepto que obligue al TC a suspender la Ley ante recursos de inconstitucionalidad de 50 diputados o senadores o cuestiones de inconstitucionalidad planteados por los jueces.

La doctrina del Tribunal Constitucional parte de la presunción de legitimidad de las leyes, al emanar estas del órgano representativo de la soberanía popular, que es el Parlamento, pero siempre que esas leyes sean conformes con la Constitución (lógicamente el TC no podía imaginar que el Parlamento pudiese por una Ley anular artículos esenciales de la Constitución). Precisamente, por expresa previsión constitucional del artículo 161.2, *“El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”*. Dicho precepto constitucional ha tenido su desarrollo en el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), que previene que *“La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas”*. Lógicamente, el constituyente previó en ese artículo 161.2 de la CE que el Gobierno pudiera suspender ante el TC leyes (autonómicas o del Parlamento español) que pudiera el Gobierno juzgar inconstitucionales³⁸. Lo que no pudo prever el constituyente es que el mismo Gobierno (aunque provenga la Ley de una proposición de ley de grupos parlamentarios), impulsara la aprobación de una Ley que fuera manifiestamente inconstitucional.

A nadie se le escapa que la Ley de Amnistía, aunque se tramite como una Proposición de Ley de los Grupos Parlamentarios que apoyan al Gobierno (para saltarse la obligación de obtener informes del Consejo de Estado o del Consejo General del Poder Judicial), está siendo negociada y es impulsada por el Gobierno de España para obtener el apoyo de los partidos políticos independentistas catalanes a la investidura del actual presidente del Gobierno. Por tanto, el Gobierno no va a recurrir ante el TC la propia Ley de Amnistía que impulsa, de modo que no será posible suspender la aplicación de sus efectos, y como el TC ha demostra-

preámbulo o las disposiciones complementarias, sobre la suficiencia de las cláusulas derogatorias y de las tablas de vigencia y, en general, sobre la adaptación del texto a las directrices sobre calidad de las leyes que se establezcan en las Cámaras.

- Análisis jurídico del contenido del Proyecto o proposición, confrontando el texto con el conjunto del ordenamiento y, en particular, con los principios constitucionales y con la doctrina del Tribunal Constitucional”.

³⁸ Como ejemplo de ello, el actual Gobierno de España ha recurrido una Ley de medidas fiscales aprobada por el Parlamento gallego (recurso de inconstitucionalidad 6243/2023, y el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 24 de octubre de 2023, ha admitido el recurso y establecido la suspensión de la Ley autonómica gallega: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1238244&utm_source=DD&utm_medium=email&nl=1&utm_campaign=30/10/2023

do (recientemente, tardando casi un año y medio en resolver el recurso de inconstitucionalidad sobre el Decreto de Estado de Alarma), no podemos esperar un rápido pronunciamiento del TC.

Con fundamento en las anteriores previsiones, el parecer mayoritario en el Auto del TC 90/2010, de 14 de julio, afirmó que *“en el caso de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, el art. 30 LOTC impide su suspensión tanto automática como a solicitud de parte, fuera del caso previsto en el art. 161.2 CE”* (FJ 2), rechazando asimismo la posibilidad de plantear una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 30 de la LOTC. Y, en el caso que nos ocupa, el artículo 30 de la LOTC dispone que *“La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley”*, salvo en el supuesto del artículo 161.2 de la Constitución (recurso interpuesto por el Gobierno).

Solo quedaría la cuestión de inconstitucionalidad que quiera plantear el juez Llarena u otro juez que esté investigando o juzgando a los cientos de encausados por el *“procés”*. Pero en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, tampoco conforme al artículo 163 de la Constitución se suspende la aplicación de una Ley: *“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”* El artículo 35 de la LOTC determina que: *“El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.”*

De esta forma, como el Gobierno que impulsa la Ley de Amnistía no va a recurrir su inconstitucionalidad ante el TC, hasta que el TC resuelva un posible recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de constitucionalidad, la Ley de Amnistía estará en vigor, por tanto:

- Provocando la libertad de los encausados y su vuelta a España en el caso de encausados huidos de la justicia; y
- pudiendo generar responsabilidad patrimonial a las Administraciones españolas por conllevar la amnistía que dichas conductas no fueran ilegales y que su persecución fuera antijurídica (y causase daños a los particulares afectados).

Y en todo caso, cuando con suerte pasado un año resolviese el TC³⁹ ese recurso o cuestión de inconstitucionalidad, es muy dudoso que dicha sentencia, en caso de ser estimatoria y declarar la inconstitucionalidad de la Ley de amnistía, pudiera producir la apertura de las causas judiciales archivadas, puesto que conforme a uno de los principios del art. 9.3 de la Constitución: *“la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o res-*

³⁹ El TC ha tardado más de 10 años en resolver el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley del Aborto, y el horizonte de recusaciones que se plantea de varios de los magistrados, por haber pertenecido al Gobierno en curso o haber emitido informes jurídicos que genera conflictos de interés, permite pronosticar que el TC no va a resolver en plazo breve los recursos de inconstitucionalidad frente a la Ley de Amnistía. El horizonte de posibles recusaciones se describe en noticia del día 7 de noviembre de 2023, de El Confidencial, *“El pulso de los diez negritos en el Constitucional: la amnistía abre la caza de recusaciones”*: https://www.elconfidencial.com/espana/2023-11-06/tribunal-constitucional-caza-de-recusaciones-amnistia_3768027/

trictivas de derechos individuales”. Como ha explicado magistralmente Gabriel Domenech⁴⁰, “Las sentencias también deben respetar, ciertamente, el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). Pero ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha interpretado de manera muy restrictiva este principio, al considerar que no prohíbe la retroactividad de grado mínimo o incluso medio y, sobre todo, al entender que esta prohibición sólo se predica de los derechos consagrados en los artículos 15 a 29 de la Constitución”, estando en nuestro caso hablando del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE.

En la sentencia 45/1989⁴¹, el TC determinó los criterios para la aplicación temporal de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una Ley (pp. 14 y 15) (énfasis añadido):

“Este último precepto (art. 40.1 de la LOTC) dispone que las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales», lo que constituye un límite, basado en el principio de seguridad jurídica, a la eficacia en el tiempo de las Sentencias de inconstitucionalidad. No hay ninguna necesidad de interpretar este art. 40.1 como si el límite así expresamente enunciado constituyera la excepción a una imaginaria regla, que sería la del máximo alcance invalidatorio de la Sentencia de inconstitucionalidad en su dimensión temporal (efectos máximos ex tunc o «retroactivos»). Más bien al contrario: si consideramos al art. 40.1 de la LOTC informado por el principio constitucional de seguridad jurídica, habrá que entender que los procesos fenecidos por Sentencia firme son el caso más eminente y claro, pero no el único. Dicho de otro modo: la mención de la Sentencia firme en el art. 40.1 no supone que toda Sentencia de inconstitucionalidad haya de tener por necesario efecto la eliminación radical de todas las situaciones jurídicas preexistentes que no estén declaradas en Sentencia con autoridad de cosa juzgada, por agotadas o jurídicamente consolidadas que estén, pudiendo recordarse que la expresión «situaciones consolidadas» fue usada por la STC 14/1981 (fundamento jurídico cuarto) precisamente para enunciar el límite de la eficacia temporal de las Sentencias de inconstitucionalidad.”

Por tanto, una declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, pasado un año desde su aplicación, cuando ya se hubieran archivado los procedimientos judiciales contra los encausados (incluido el del expresidente de la Generalitat), no podría cambiar los archivos de las causas judiciales, permitiendo por ello que los actos permanecieran impunes, salvo que algún juez se atreviese a plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Pero recordemos que conforme al art. 35.2 de la LOTC: “*Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión*”. Por tanto, en el caso de los políticos encausados prófugos, dado que ni siquiera ha podido empezar el juicio, una vez dictada la Ley de Amnistía el juez no podría plantear cuestión de inconstitucionalidad, y solo le quedaría la opción de archivar las causas (al no haber podido avanzar en las causas por falta de extradición de dichos sujetos).

En conclusión, cuando un Gobierno promueve una Ley de Amnistía para cualquier conducta antijurídica (sea de unos políticos que cometen sedición o actos inconstitucionales o de delincuentes comunes), los recursos de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad no impiden una aplicación inmediata de dicha amnistía, generando tres efectos perversos y que dañarían de muerte a nuestra Constitución y al orden público:

⁴⁰ DOMENECH, Gabriel (2022), “Sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional”, publicado en “Almacén de Derecho” el 14 de julio de 2022: <https://almacende.derecho.org/sobre-los-efectos-en-el-tiempo-de-las-sentencias-del-tribunal-constitucional>

⁴¹ <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1251>

- Provocaría que los jueces, en muchos casos (salvo que esté el pleito visto para sentencia), tuvieran que archivar la causa o, en todo caso, poner en libertad sin cargos a los encausados, provocando la vuelta a España de los encausados prófugos.
- Desde la Ley de Amnistía, y hasta que el TC se pronunciase, los políticos encausados podrían volver a cometer las mismas conductas (declaración de independencia, malversación, celebración de referéndum ilegal), ya que la Amnistía implica declarar que dichas conductas no son contrarias al ordenamiento jurídico (a diferencia del indulto, que es un perdón individual y que no anula la labor jurisdiccional ni declara la legalidad de dicha conducta).
- Los jueces y cuerpos policiales no tendrían la posibilidad de perseguir actividades de sedición, declaraciones de independencia, celebración de referéndums ilegales o utilización de la policía autonómica para dichos fines, ya que esas conductas seguirían siendo válidas hasta que el TC resuelva los citados recursos.

Desde cualquier punto de vista que se mire, la Ley de Amnistía, como comentaremos, conlleva una sustracción de soberanía del Estado y por ende una destrucción de la Constitución y de la soberanía del pueblo español.

VIII. LA LIBERTAD DEMOCRÁTICA PASA EN PRIMER LUGAR POR EL RESPETO AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y POR NO SUPLANTAR AL PODER CONSTITUYENTE

Entre algunos reputados analistas se viene teorizando acerca de un cambio en el esquema libertad-orden público en las últimas décadas, de forma que los gobiernos de base más progresista enarbolan el orden público para procurar el bien común y la limitación de libertades (por ejemplo, durante la pandemia, limitación que fue suspensión en la práctica y fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias⁴²).

El filósofo Daniel Innerarity ha justificado en su obra *“La libertad democrática”*, publicada en 2023, la limitación de las libertades individuales para *“asegurar la supervivencia de la humanidad en el planeta”*⁴³. Sin embargo, se le olvida a este filósofo que no puede haber poder público legítimo si desconoce en su proceder la legitimidad primigenia del poder que es la Constitución, como norma emanada del poder constituyente y del que derivan los poderes del Estado, incluido el legislativo. Además los mandatos constitucionales, como por ejemplo el del artículo 9 de remover los obstáculos que impidan o dificulten que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas, siempre deben respetar: (i) la separación de poderes, de forma que el legislativo no puede actuar anulando la labor de otros poderes del Estado como

⁴² Destaca la Sentencia 183/2021, de 27 de octubre de 2021 (Recurso de inconstitucionalidad 5342-2020).

⁴³ *“Por supuesto que en un Estado democrático de derechos las restricciones de la libertad tienen que ser legítimas y democráticas, lo que significan que no pueden ser arbitrarias, que deben ser explicadas, y en la medida de lo posible, se ha de preferir la incitación que la imposición. La democracia no es un sistema político en que no haya autoridad, sino una forma de gobierno en la que la autoridad ha de ser siempre justificada y abierta a la crítica. Y la mayor justificación de estas regulaciones se apoya en el tipo de bienes o males comunes que están hoy en juego. Si las democracias modernas se constituyeron como instituciones contra el soberano absoluto, las democracias contemporáneas solo pueden mejorar combatiendo al tirano individual que desconocer los efectos que sus comportamientos tienen sobre la naturaleza o las generaciones futuras; si la teoría clásica del contrato social implicaba una aceptación de la autoridad para impedir el caos y la guerra de todos contra todos, el actual contrato social está demandando una autolimitación de la libertad personal para asegurar la supervivencia de la humanidad en el planeta”*. INNERARITY, Daniel (2023), *“La libertad democrática”*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, pp. 17 y 18.

el ejecutivo; y (ii) los valores superiores del ordenamiento como son la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, además de los principios jurídicos del art. 9 CE (interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, jerarquía normativa, etc.).

Es decir, *el fin no justifica los medios en un Estado constitucional de derecho*, en el que las leyes emanadas del legislativo solo son válidas si respetan la distribución de poderes de la Constitución (y por tanto respetan la potestad judicial de juzgar y ejecutar lo juzgado, art. 117 CE), los derechos y libertades fundamentales (igualdad ante la ley, art. 14 CE), además de los principios del ordenamiento jurídico incluidos en la Constitución (supremacía de la Constitución - todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución-, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, jerarquía normativa -que incluye la superioridad jerárquica de la CE- etc., art. 9 CE).

Por tanto, no forma parte de la libertad política legítima del Ejecutivo que a través del legislativo se aprueben leyes que menoscaben las libertades democráticas consagradas en la Constitución, lo que incluye la igualdad ante la ley y la exclusividad del poder judicial para juzgar, de lo contrario tendríamos una Constitución hibernada, que serían utilizadas por el Ejecutivo para derogar la democracia tal y como realizó Hitler en 1933⁴⁴.

IX. LA AMNISTÍA IMPLICA, ADEMÁS DE LA DEROGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR UN PODER DERIVADO -EL LEGISLATIVO-, LA QUIEBRA DEL ORDEN PÚBLICO Y LA VUELTA AL ESTADO ABSOLUTO Y EN CIERTO GRADO, AL ESTADO DE NATURALEZA ANTERIOR AL ESTADO MODERNO

Cuando la amnistía determina que en la práctica la labor judicial (poder judicial) y policial (actos administrativos en ejecución de autos y sentencias judiciales) fue ilegítima, también está declarando que los actos cometidos a partir del 1 de octubre de 2017 (declaración de independencia, celebración de referéndum ilegal, malversación de caudales públicos al utilizar fondos autonómicos para fines distintos de los previstos en la Constitución y del marco competencial autonómico) pueden volverse a realizar sin reproche penal ni administrativo alguno.

Es decir, además de anular la Constitución, la amnistía implica establecer que el Parlamento puede legalizar a posteriori actos declarados contrarios a la ley por el poder judicial y declarar que nunca fueron antijurídicos. Esto tiene tres efectos que llevarían a España a convertirse en un Estado absoluto⁴⁵, cuando no una vuelta al Estado de naturaleza que teorizó Hobbes en su “Leviatán”:

- Soberanía absoluta y arbitraria del parlamento frente a la Constitución y al pueblo español y al resto de los poderes del Estado.

⁴⁴ Como explica Muriel Rodríguez: “¿En qué consistía su táctica? (la de Hitler) En no llamar la atención para evitar la reacción de la Cancillería. (...) Por eso, después de su nombramiento como canciller el 20 de enero de 1933, su aspiración estaba cifrada en obtener la bendición del presidente Hindenburg”. MURIEL RODRÍGUEZ, Félix (2023), recensión sobre “El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura”, editorial Trotta, Madrid, 2022. *Revista de Estudios Políticos*, julio/septiembre 2023, núm. 201, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

⁴⁵ Ya hemos dicho que La Constitución de Cádiz de 1812, primera constitución liberal en España vedaba a las Cortes o al Rey el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la avocación de causas pendientes o el mandamiento de apertura de juicios fenecidos.

- Generar una responsabilidad patrimonial del Estado por la labor del poder judicial y de los cuerpos policiales que ejecutaron las sentencias, dado que la amnistía estaría declarando que esas actuaciones del poder judicial y ejecutivo serían antijurídicas al no ser legítimo perseguir conductas que no son antijurídicas⁴⁶.
- Legalizar la declaración de independencia, la celebración de referéndums independentistas y la malversación de caudales públicos, de forma que desde la aprobación de la Ley de Amnistía el Gobierno autonómico catalán podría volver a realizar los mismos hechos sin que ningún poder del Estado pudiera perseguirlos ni enjuiciarlos.

La amnistía provocaría no solo una anulación del poder judicial y de los principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica, sino una vulneración de la igualdad de los españoles ante la Ley, que como hemos visto, es parte esencial del Estado de Derecho y la democracia como valores de la UE.

La Constitución de 1978, plebiscitada por los españoles, supuso un momento de insubordinación fundante⁴⁷ del sujeto soberano español, porque dio origen al primer Estado democrático en España, siendo la primera vez en la historia en que el pueblo español ejerció su soberanía para fundar un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, la Constitución es la norma fundamental del orden político y social democrático en España. De esta forma, si tras la insubordinación fundante que supuso la Ley para la reforma política y la elaboración y plebiscito de la Constitución de 1978, el Parlamento español suplanta al poder constituyente aprobando una amnistía que implica el desconocimiento de la voluntad soberana y fundante del pueblo español, el Parlamento estaría anulando la soberanía de los ciudadanos españoles y provocando una subordinación de los ciudadanos a un poder despótico (el Parlamento) que no se sometería a la Constitución.

En suma, dicha Ley de Amnistía aprobada a espaldas del poder constituyente eliminaría la “soberanía” del Estado español, de forma que al perder la soberanía dejaría de ser un Estado, pues todo Estado que pierde su soberanía pierde una de sus características fundantes. Por eso he dicho que además de una vuelta al Estado absoluto (o al “terror” de Robespierre utilizando la carta blanca de la “voluntad general” de Rousseau), podríamos estar ante una vuelta al Estado de naturaleza pre-hobbesiano, donde no existe Estado moderno digno de tal nombre al no tener facultades para perseguir actos contra la Constitución.

⁴⁶ La Constitución española establece en su artículo 106, apartado 2, que *«los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»* y el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, determina que: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*.

⁴⁷ El concepto de insubordinación fundante lo tomo prestado del profesor Marcelo Gullo, quien lo explica aplicado a las relaciones internacionales en su libro *“La insubordinación fundante. Breve historia de la construcción del poder de las naciones”* (2021), editorial Biblos, Buenos Aires, 4ª edición.

X. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE AMNISTÍA PROVOCA QUE EL REY TUVIERA CAPACIDAD DE REVOCAR LA PROPUESTA DE INVESTIDURA REALIZADA AL CANDIDATO POR MANIFIESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE SU PROGRAMA DE GOBIERNO

Como hemos visto, aunque existen remedios judiciales (cuestión prejudicial ante el TJUE y cuestión de inconstitucional ante el TC) para paralizar los procesos judiciales en curso, estos instrumentos no suspenderían la aplicación de la Ley de amnistía de forma inmediata y por ello, en los casos ya sentenciados y con condena firme, no impedirían la puesta en libertad ni la extinción de la responsabilidad administrativa y contable de los sentenciados. Tampoco los recursos de inconstitucionalidad de 50 diputados o senadores o de presidentes autonómicos pueden suspender la aplicación de la Ley de Amnistía. Por ello, es necesario analizar si el Rey tenía potestades constitucionales⁴⁸ para revocar la propuesta de investidura al candidato que lleva en su programa la Ley de Amnistía ya presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista que lo apoya.

De forma clásica, Kelsen abogaba en los años 20 del siglo pasado porque el guardián de la Constitución fuera un Tribunal Constitucional con capacidad para expulsar del ordenamiento jurídico leyes contrarias a la Constitución⁴⁹, mientras que Carl Schmitt prefería hacer recaer esa facultad en un Jefe del Estado con facultades para hacer cumplir la Constitución por no ejercer un mandato derivado del juego político⁵⁰.

Pues bien, tras la experiencia de la Segunda República, donde la jefatura del Estado recaía en un político elegido de forma indirecta y temporal por representantes de las Cortes⁵¹, la

⁴⁸ El Rey no realizó ninguna acción de revocación de su propuesta de investidura, y el candidato fue investido el 16 de noviembre de 2023 por 179 votos a favor del Congreso de los Diputados y 171 en contra, jurando su cargo ante el Rey al día siguiente.

⁴⁹ Como explica Carlos Miguel Herrera, “Conforme a las ideas kelsenianas, el órgano encargado del control de la Constitución debe ser distinto e independiente del Parlamento y del Gobierno, que son los principales sujetos a controlar por la vía de las leyes y reglamentos (de ejecución o con fuerza de ley). En el plano técnico, Kelsen propone un tribunal cuya sentencia anule con carácter general el acto inconstitucional, incluidas las leyes del Parlamento, ya que éste está subordinado a la Constitución, y respecto a ella «aplica Derecho», es decir, las normas constitucionales.

El jurista vienes reconoce que un Tribunal Constitucional, así entendido, excedería una función estrictamente jurisdiccional, lo que lo convierte en «un legislador negativo»; aunque se apresura a precisar que con menos poder que el Parlamento, que tiene pocas limitaciones en cuanto al contenido legislativo, en tanto que la justicia constitucional se atiene a anular una ley tomando en cuenta principalmente el procedimiento de creación. En última instancia, en la concepción kelseniana, el Tribunal Constitucional tiene una importancia política de primer orden: él es «la garantía de paz política en el interior del Estado» HERRERA, Carlos Miguel (1994), “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Núm. 86. Octubre- diciembre 1994, Madrid, pp. 206-207.

⁵⁰ En palabras de Carlos Miguel Herrera: “El presidente del Reich representaba en la concepción de Schmitt un «poder neutral, mediador, regulador y tutelar» (Schmitt, *op. cit.*, 220), arbitro neutral que, si bien no se encontraba por encima de los otros órganos políticos, estaba más allá de conflictos y clases, lo que lo convierte en el guardián de la Constitución en su carácter de representante del pueblo como unidad. En el presidente, según Schmitt, se materializa la «aclamación» del pueblo de manera unitaria, como forma de representación democrática por excelencia, contrariamente al Parlamento, que es expresión de una voluntad dividida por los diversos intereses que representan los partidos políticos”. *Ibidem*, p. 213.

⁵¹ Según lo establecido en la Constitución de la República Española de 1931, la elección del nuevo presidente debían realizarla, en votación conjunta, los Diputados del Congreso, y un número igual de Compromisarios elegidos en unas elecciones que debían celebrarse inmediatamente. Las elec-

Constitución española de 1978 contempla, como hemos comentado, tanto que el TC sea a posteriori el titular de la potestad de revisión de leyes y sentencias del poder judicial para expulsarlas del ordenamiento por ser contrarias a la Constitución, como, conforme explicamos, que el Rey como jefe del Estado sea el símbolo de la permanencia del Estado (art. 56 CE), con potestades para designar al candidato a la investidura en función de sus entrevistas con los grupos parlamentarios y del programa del candidato (art. 99 CE).

A pesar de que el Rey propuso el 3 de octubre de 2023 a Pedro Sánchez como candidato a presidente del gobierno, dado que este candidato manifestó el 28 de octubre ante el Comité Federal del PSOE que iba a promover una Ley de Amnistía, y ha sido presentada la proposición de ley antes de la investidura para contar con la aprobación de Junts per Catalunya y ERC, el Rey conoció que el candidato que en su momento propuso contenía en su programa de investidura una ley totalmente inconstitucional (por derogar la labor del poder judicial y la igualdad ante la ley, además de considerar errónea la labor de todos los poderes del Estado al perseguir el golpe de estado producido en Cataluña en 2017).

A grandes rasgos, se puede decir que la proposición de ley de Amnistía supone que el legislativo deroga la labor judicial (procedimientos y sentencias) y administrativa (Tribunal de Cuentas) relativa a los actos cometidos por cualquier persona cuya ideología persiga la independencia de Catalunya entre los años 2012 y 2023, incluyendo además esa proposición que se amnistían otros actos que deriven de los anteriores y se sigan cometiendo (art. 1 de la proposición de ley de amnistía), lo cual implica una legalización de esos actos y una deslegitimación de todo el Estado (incluido el poder judicial y el Rey⁵²) que las persiguió, y por ende una imposibilidad práctica de volver a perseguirlas si vuelven a producirse, ante la inseguridad jurídica que la Ley provoca para jueces y funcionarios.

Esta Ley es por ello la anulación del Estado democrático de Derecho en que se constituyó España por decisión del pueblo español al aprobar la Constitución de 1978 (art. 1 CE), al derogarse la exclusividad del poder judicial para juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117 CE) y la igualdad de los españoles ante la ley (art. 14 CE). Está claro por tanto que, tras la aprobación de esa Ley se produce una “mutación constitucional”, es decir un cambio de la Constitución por un poder derivado (el legislativo) sin contar con la aprobación y participación del poder constituyente. Dado el previsible apoyo del Tribunal Constitucional a la aplicación inmediata de la Ley sin permitir que los jueces suspendan su aplicación con cuestiones de inconstitucionalidad ni recurso prejudiciales ante el TJUE, y la ausencia de efectos suspensivos de un recurso de inconstitucionalidad que no interponga el presidente del Gobierno, es importante analizar qué papel debiera haber jugado el Jefe del Estado para proteger la Constitución y los derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad ante la Ley del art. 14 de la CE que se ve vulnerado claramente por la ley de amnistía.

ciones de Compromisarios se realizaron el 26 de abril de 1936, tras expirar el mandato del Presidente Alcalá-Zamora, saliendo elegido Manuel Azaña.

⁵² Como ha explicado el que fuera magistrado del TC Manuel Aragón Reyes: “*De todos modos, la inconstitucionalidad general de cualquier amnistía es aún más clara si la referimos a la concreta amnistía que ahora se propone, en cuanto que esa amnistía, si llegara a aprobarse, supondría muy probablemente la grave alteración de nuestro Estado constitucional y democrático de Derecho y la deslegitimación de las instituciones que hasta ahora lo han sostenido y que lícitamente actuaron en su día frente a la subversión del orden constitucional ocurrida en Cataluña: el Poder Judicial, que juzgó correctamente aquellos hechos; el Tribunal Constitucional, que también correctamente los anuló; el Rey, que también correctamente advirtió acerca de la gravedad de los mismos, y el Senado, que de modo adecuado aprobó la aplicación del artículo 155 (convalidada después por el propio Tribunal Constitucional).*” ARAGÓN REYES, Manuel (2023b), “*Una amnistía falaz*”, El Mundo, 18 de noviembre de 2023.

Conforme al artículo 99 de la Constitución (énfasis añadido):

“1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.

3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.”

Por tanto, el papel del Rey en la investidura es el de proponer a sucesivos candidatos que puedan obtener una mayoría de la Cámara, antes de que finalice el plazo de dos meses desde la primera propuesta, porque pasado ese plazo se produce la disolución automática de las Cámaras y por ello la convocatoria de nuevas elecciones, pero en toda su labor la Constitución le otorga un papel arbitral y moderador⁵³. El artículo 56 de la CE establece así que *“el Rey arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones”*⁵⁴ y, teniendo en cuenta que conforme al art. 99 CE *“En todo caso el candidato está obligado a exponer su programa ante el Congreso”*, lo que en este caso incluye una proposición de ley de amnistía que ya el candidato indicó que iba a presentar (la cual como hemos demostrado es una derogación de la Constitución y de la democracia al suprimir las facultades del poder judicial y vulnerar la igualdad ante la ley), ello provoca que para garantizar el funcionamiento normal de los poderes (y la supervivencia del poder judicial), el Rey pudiese ejercer ese papel arbitral y moderador⁵⁵. Además, de los 4 grupos parlamentarios principales que apoyaron la investidura del

⁵³ Como ha explicado Juan Hernández Bravo de Laguna (2023) en su artículo *“La reforma del artículo 99 de la Constitución y el papel del Rey en la investidura”*, Notario en el Siglo XXI, N° 111 SEPTIEMBRE - OCTUBRE 2023, *“Es cierto que la Constitución española confiere al Monarca un poder de arbitraje institucional y un poder moderador, junto con un elenco de competencias y funciones, que van más allá de las meramente simbólicas y representativas de otros Reyes de monarquías parlamentarias o con división flexible de poderes.”*

⁵⁴ Jaime Ignacio del Burgo ha explicado al respecto que: *“Felipe VI no puede abdicar del deber de ejercer ese papel moderador y arbitral. El Rey como Jefe del Estado es el símbolo de su unidad y permanencia. Y estoy de acuerdo con el profesor Javier Tajadura en que el Rey debe ejercer una influencia, derivada de su auctoritas, a favor de un entendimiento entre los partidos con el fin de presentar un candidato consensuado. Pero la lógica del sistema parlamentario no puede avalar un gobierno antidemocrático fruto de la voluntad de quienes no ocultan su propósito de destruir el orden constitucional.”* DEL BURGO, Jaime Ignacio (2023), *“La función arbitral y moderadora del Rey”*, El Debate, 14 de agosto de 2023.

⁵⁵ Como ha descrito Sabino Fernández Campo, anterior jefe de la Casa del Rey, *“En una Monarquía parlamentaria el Rey carece de “potestas”, pero puede tener unas “auctoritas”, que bien fundada en la dignidad, en la ejemplaridad, en el buen sentido, en el juicio sereno e imparcial, obtenido por una información adecuada y oportuna, pueda adquirir en ocasiones el carácter de una verdadera “potestas”, a través de la influencia, del consejo y de las advertencias precisas. De esta manera podrá ejercer con acierto su función moderadora, velar por el regular funcionamiento de las Instituciones y defender la Constitución y las Leyes.”* FERNÁNDEZ CAMPO, Sabino (2007),

actual presidente del Gobierno (Junts, ERC, Bildu y PNV), ningún acudió a consultas con el Rey, por lo que en puridad el Jefe del Estado no podía conocer qué candidato designar (“*el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno*”).

Cabe señalar además que el artículo 56 de la CE determina que “*el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia (...)*”. La amnistía implica un vaciamiento de la soberanía del pueblo español y cuestionar la permanencia del Estado, al derogar partes esenciales de la Constitución sin contar con el consentimiento popular, de modo que sabiendo que el candidato tiene en su programa dicha amnistía, el Rey tendría capacidad para revocar esa propuesta al candidato con el fin de garantizar la permanencia del Estado, o lo que es lo mismo, a fin de garantizar el Estado de Derecho del art. 1 de la CE y por ende separación de poderes⁵⁶.

Hay que tener en cuenta que conforme al art. 9 de la Constitución, todos los poderes públicos se someten a la Constitución, incluido el Rey y el poder legislativo, y el artículo 49 de la Ley 39/2015 determina que cualquier acto que sea contrario a la Constitución es nulo de pleno derecho⁵⁷. Así, una investidura basada en un programa que pretenda derogar la Constitución con una proposición de ley de amnistía ya presentada provocaría que ese acto de designación del candidato amparado en ese programa estuviera viciado de nulidad de pleno derecho, y por ello el Rey podría revocar esa designación para evitar realizar un acto nulo de pleno derecho⁵⁸. Por tanto, dado que la Constitución otorga al Rey un papel moderador y arbitral al ser símbolo de la permanencia del Estado, parece claro que el Rey sí puede inter-

“*El poder moderador*”, discurso de 27 de febrero de 2007 ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2007-10036300374

⁵⁶ Goran Rollnert ha destacado que en cuanto símbolo de la permanencia del Estado, el Rey debe garantizar la separación de poderes que instaura la Constitución, como “*uno de los polos de la relación dialéctica entre la unidad del poder del Estado y de la división orgánica de poderes*”, ROLLNERT LIERN, Göran (2002), La Jefatura del Estado. Símbolo e integración política en la Constitución vigente, Minin, Valencia, p. 170.

⁵⁷ “*También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”

⁵⁸ Como explica el catedrático de derecho constitucional Agustín Ruiz Robledo, “*Es verdad que la Constitución declara que el rey “arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones” (art. 56); pero eso no supone que sea él quien decida los temas políticamente controvertidos, como en su momento fueron ciertas leyes (especialmente el aborto) para las que algunos grupos le pidieron -en su momento al rey Juan Carlos; en el suyo, al rey Felipe- que no las sancionara. Lo que implica el artículo 56 es que pueda intervenir en situaciones de evidente incumplimiento de la Constitución y riesgo para la unidad del Estado, como lamentablemente ocurrió en el otoño de 2017 cuando la mayoría parlamentaria en la Generalitat intentó separar Cataluña de España y Felipe VI pronunció su famoso discurso del 3 de octubre.*

Así, cabe imaginar que el rey se negara a proponer a un candidato que, aun siendo el más votado, planeara cerrar las Cortes y gobernar por decreto (por recordar remotamente lo que pasó en Alemania en 1933, cuando el presidente Hindenburg nombró canciller a Hitler). Pero no podría negarse, sin violentar la Constitución, a proponer un candidato que llegara a acuerdos con los separatistas sin infringir el marco constitucional. Quien le pide al rey que no lo haga y que solo proponga a Feijóo para ir dos meses después a las elecciones, le está haciendo un flaco favor a la monarquía como símbolo de la unidad del Estado e institución neutral”. RUIZ ROBLEDO, Agustín (2023) “El Rey como garante de la Constitución”, La Razón, 8 de agosto de 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236154

venir en situaciones de evidente incumplimiento de la Constitución y riesgo para la permanencia del Estado. Sí existen fundamentos jurídicos en la Constitución para que el Rey revocase la proposición de un candidato con un acuerdo de investidura que contiene una infracción del marco constitucional que pone en grave riesgo la permanencia del Estado democrático de Derecho.

Finalmente, no solo para cumplir el mandato constitucional del art. 56 de la CE y por ende garantizar la permanencia del Estado podría el Rey revocar la designación del citado candidato, sino que para salvaguardar a la propia Jefatura del Estado tendría el Rey facultades constitucionales para revocar la propuesta de un candidato que en su programa contuviese una ley de amnistía, puesto que la amnistía implica reconocer que la labor del Rey en octubre de 2017 no fue legítima, cuando calificó de inconstitucionales e ilegítimos los actos llevados a cabo por la Generalitat de Catalunya. Como describía Antonio Torres del Moral en 2017⁵⁹:

“Felipe VI se ha detenido en la descalificación jurídica de los hechos (incumplimiento reiterado, consciente y deliberado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía, vulneración sistemática de las normas, quebranto de los principios democráticos, menosprecio de la solidaridad, intento de apropiación de las instituciones, así como la pretensión de quebrar la unidad de España y la soberanía nacional), sin ahorrar el reproche moral que, con toda seguridad, habrá sorprendido: deslealtad inadmisibile, conducta irresponsable”.

XI. CONCLUSIONES (SP): CONSECUENCIAS PARA LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA DE UNA LEY DE AMNISTÍA

Como he podido analizar, la Ley de amnistía anula la labor jurisdiccional y del poder ejecutivo frente a los delitos cometidos tras la declaración de independencia de 2017, y por tanto es una derogación por el Parlamento de preceptos constitucionales esenciales que establecen: (i) la supremacía y normatividad de la Constitución; (ii) la soberanía del pueblo español como único titular del poder constituyente; (iii) la jerarquía normativa, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad; (iv) la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como trasunto inevitable del sometimiento de todos los ciudadanos a los dictados del poder judicial y en consecuencia (v) la exclusividad del poder judicial.

La Ley de amnistía de 2023 no puede asimilarse a la Ley de amnistía de 1977 porque esta última se dictó en un período constituyente, tras plebiscitar el pueblo español la Ley para la Reforma Política de enero de 1977 que daba origen a unas cortes constituyentes para fundar un orden político democrático, y por tanto la amnistía de 1977 se otorgó en relación a conductas producidas antes de la Constitución de 1978 y bajo un régimen que carecía de la legitimación democrática y de la independencia judicial que sí posee el poder judicial que actúa como poder derivado tras la Constitución de 1978.

La Ley de amnistía produciría una legalización de todas las conductas realizadas contra la Constitución por los poderes públicos autonómicos a partir del 1 de octubre de 2017, con la consiguiente deslegitimación de la actuación judicial y policial que persiguió esos delitos, generando para el Estado español una responsabilidad patrimonial de sus agentes y un grave riesgo de ser denunciado ante el TJUE por la Comisión Europea por vulneración de los valores de Estado de Derecho y separación de poderes del art. 2 del TUE, lo que podría llevar a una suspensión de los fondos europeos y del voto de España en el Consejo de la UE. No existe además una condena de organismos internacionales a la labor judicial y policial en persecución de los delitos cometidos a partir del 1 de octubre de 2017, por lo que una Ley de Amnistía solo podría significar una auto-condena de las autoridades españolas y una vulneración del art. 2 del TUE.

⁵⁹ Torres del Moral, Antonio (2017), “Un reto y un discurso”, El Mundo, 5 de octubre de 2017. <https://www.elmundo.es/espana/2017/10/05/59d546c722601d82538b458c.html>

Y además de estos efectos, la legalización de las conductas citadas llevaría a que el Estado carecería de instrumentos y por tanto los jueces de potestades para perseguir esas conductas (declaración de independencia, utilización de fondos públicos y de policía autonómica para celebrar un nuevo referéndum de independencia). En suma, una amnistía dictada en el año 2023 implicaría un vaciamiento de la soberanía del pueblo español y del poder del Estado, mutilando de esta forma la condición soberana del Estado español y el orden público, deslegitimando a todos los poderes del Estado y a la propia Constitución de 1978 sin haber consultado para ello al pueblo español ni concitado las mayorías que exige el procedimiento de reforma constitucional del título X de la Constitución.

En definitiva, la amnistía supondría la derogación de la Constitución por parte de un poder derivado del Estado (el legislativo), con la suplantación del poder constituyente, que produciría además la vuelta a un Estado absoluto, cuando no una vuelta al Estado de naturaleza previo a cualquier orden jurídico digno de tal nombre.

A pesar de que los magistrados y jueces afectados por dicha Ley de amnistía podrían plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE o cuestión de inconstitucionalidad ante el TC español, en primer lugar se han analizado casos donde el TJUE ha concedido la suspensión cautelar de leyes respecto al poder judicial en Polonia, pero tras haber iniciado la Comisión Europea un recurso por incumplimiento que tiene una fase pre judicial, que demora la decisión cautelar del TJUE un mínimo de 6 meses (en el segundo caso estudiado el TJUE paralizó una ley polaca 2 años después de que hubiese entrada en vigor). Además, la cuestión de inconstitucionalidad que presenten los jueces no suspende la aplicación *per se* de la Ley, sino solo de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión, por lo que los jueces no podrían imponer medidas cautelares para evitar la libertad de los encausados, al no poder suspender la aplicación de la ley con esas cuestiones.

Por tanto, aunque existen remedios judiciales (cuestión prejudicial ante el TJUE y cuestión de inconstitucional ante el TC) para paralizar los procesos judiciales en curso, estos instrumentos no suspenderían la aplicación de la Ley de amnistía de forma inmediata y por ello, en los casos ya sentenciados y con condena firme, no impedirían la puesta en libertad ni la extinción de la responsabilidad administrativa y contable de los sentenciados. Tampoco los recursos de inconstitucionalidad de 50 diputados o senadores o de presidentes autonómicos pueden suspender la aplicación de la Ley de Amnistía.

Por dicha razón, para evitar la derogación del Estado democrático de Derecho, dado que el candidato propuesto como presidente del Gobierno por el Rey a principios de octubre de 2023 reconoció que lleva en su programa de investidura la amnistía y ha presentado el grupo que le apoya una proposición de ley de amnistía que conlleva la anulación del poder judicial y del Estado de Derecho, el Rey hubiera tenido capacidad, en cumplimiento de los artículos 9, 56 y 99 de la CE, de revocar esa propuesta de investidura para garantizar la permanencia del Estado constitucional y democrático de Derecho.

XI. CONCLUSIONS (EN): CONSEQUENCES FOR THE SPANISH DEMOCRACY DUE TO THE APPROVAL OF AN AMNESTY LAW

As it has been analysed, the Amnesty Law overturns the judicial power in respect to the prosecution of crimes committed around the Catalanian declaration of independence in 2017. We are dealing with an override of the following articles of the Constitution by the Spanish Parliament: (i) Constitution normativity and supremacy; (ii) Spanish people sovereignty; (iii) normative hierarchy; (iv) equality under the law; and therefore (v) the exclusivity of the judicial power.

An Amnesty Law in 2023 can not be allowed based on the Amnesty Law enacted of 1977, because, as the Spanish Constitutional Court explained in the ruling number 147/1986, the last one was enacted in the constituency period, after the Spanish people consent of the Law for the Political Reform in January 1977, which establishes the elections for constituency parliament in order to found a democratic State, and therefore the Amnesty Law of 1977 was enacted related to conducts produced before the current Constitution (approved by more than 90% of the Spanish People), and under a non-democratic regime and without an independent judiciary and rule of law. All these characteristics (democratic legitimacy, judiciary independence and rule of law) are on the basis of the current Spanish Constitution of 1978.

The Amnesty law will produce a legalization of all the conducts (crimes and misdemeanors) committed by the separatists politicians and civil servants since 2012 and in the future, with the delegitimization of all the Spanish democratic State which prosecuted those conducts, causing a possible State liability, and a risk of being sanctioned by the Court of Justice of the European Union for breaching of Rule of Law value stated in article 2 of the Treaty on the European Union (TEU), with possible suspension of European funds and the vote of Spain in the Council of the EU. In this regard, there are not rulings of international courts establishing that Spanish judges had violated human rights in the prosecution of those conducts.

Moreover, the legalization of those conducts from 2012 implies that the Spanish democratic State lacks any instrument to prosecute the same conducts in the future. In sum, the Amnesty Law implies an emptying of the Spanish people sovereignty, mutilating the sovereignty condition of the Spanish State, and discrediting all the Spanish democratic institutions without consulting with the Spanish people, as it is obligatory according to the Spanish Constitution reforming procedures.

Consequently, the Amnesty law produces the derogation of the Constitution by a derivative power (the legislative one), with an impersonation of the constituent power (the Spanish people), which implies the return of the Absolut State, or a setback into a pre-Hobbesian State of Nature.

Despite the possibility for Spanish judges of filing a preliminary question before the Court of Justice of the European Union, asking about the compatibility of the Amnesty Law with the Rule of Law stated in article 2 of TEU), the precedents show that the European Court only has suspended a national law after the European Commission starts an infringement procedure and after a minimum of 6 months (both cases related to Polish laws regulations over the judicial power). So, the preliminary ruling itself does not suspend the Law effectivity. In addition, the filing of constitutionality questions before the Spanish Constitutional do not grant the suspension of the Law, only the suspension of the specific judicial procedure. It means that the judge cannot issue precautionary measures against the law.

Therefore, despite the existence of those judiciary remedies, those instruments do not suspend the effectivity of the Law and would not block the freedom for hundreds of politicians and civil servants who breach the Spanish Constitution.

For this reason, in order to avoid the derogation of the Spanish democratic State and the rule of law, the Spanish King had (before the Pedro Sánchez designation) constitutional faculties according to article 99 to (i) consult with the political parties in the Parliament the candidate and the program in which is based; and accordingly, (ii) revoke the candidate designation until the candidate assure that its program is according to the Spanish Constitutional Democratic State.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Alcalá, Leopoldo (2023), “*Yéndonos por las ramas (del nogal): amnistía y Constitución*”, La Razón, 18 de noviembre de 2023: https://www.larazon.es/espana/yendonos-ramas-nogal-amnistia-constitucion_202311186557b74632499c000148f288.html

Aragón Reyes, Manuel (2023 a), “*¿Constructivismo jurídico?*”, El Mundo, 20 de septiembre de 2023.

_____ (2023 b), “*Una amnistía falaz*”, El Mundo, 18 de noviembre de 2023.

Bravo de Laguna, Juan Hernando (2023), “*La reforma del artículo 99 de la Constitución y el papel del Rey en la investidura*”, Notario en el Siglo XXI, Nº 111 Septiembre-Octubre 2023.

Brewer Carías, Allan (2022), “*La muerte de una Constitución. El proceso constituyente desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema*”, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello, Nº 9, Caracas, Venezuela.

Consejo de la UE (2022), “*Mecanismo de condicionalidad del Estado de Derecho: el Consejo decide suspender el pago de 6.300 millones de euros debido a las medidas correctoras parciales por parte de Hungría*”, comunicado de prensa de 12 de diciembre de 2022.

Consejo General del Poder Judicial (2023), Declaración institucional del Pleno de 6 de noviembre de 2023: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->

Del Burgo, Jaime Ignacio (2023), “*La función arbitral y moderadora del Rey*”, El Debate, 14 de agosto de 2023.

Domenech, Gabriel (2022), “*Sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional*”, publicado en “Almacén de Derecho” el 14 de julio de 2022.

Fernández Campo, Sabino (2007), “*El poder moderador*”, discurso de 27 de febrero de 2007 ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2007-10036300374

Fernández de Casadevante Romani, Carlos (2021), “*Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 5ª. ed., Madrid

Gullo Omodeo, Marcelo (2021 a) “*Madre Patria. Desmontando la leyenda negra desde Bartolomé de las Casas hasta el separatismo catalán*”, Espasa, Barcelona, 6ª. edición.

(2021 b) “*La insubordinación fundante. Breve historia de la construcción del poder de las naciones*”, editorial Biblos, Buenos Aires, 4ª. edición.

Herrera, Carlos Miguel (1994), “*La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*”, Revista de Estudios Políticos (nueva época), Núm. 86. Octubre- diciembre 1994, Madrid.

Ibáñez García, Isaac (2020), “*El Tribunal Constitucional español, ¿juez nacional de última instancia del Derecho de la Unión Europea?: Un Amicus Curiae ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo*”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR nº 36 (2020), Universidad Complutense de Madrid: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2020-10-17-I%20Ib%20C3%A1%20C3%B1ez.pdf>

Innerarity, Daniel (2023), “*La libertad democrática*”, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

Locke, John (2004), *“Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”*, Alianza Editorial, Madrid, 4ª Reimpresión.

Mangas Martín, Araceli (2021), *“Defensa del Estado de Derecho por la Unión Europea: la rebeldía de Polonia a la independencia judicial”*, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (2020-2021), pp. 527-527, BOE, Madrid, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2021-10052700548

Muriel Rodríguez, Félix (2023), recensión sobre *“El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura”*, editorial Trotta, Madrid, 2022. Revista de Estudios Políticos, julio/septiembre 2023, núm. 201, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Prats, Eduardo Jorge (2022), *“A manera de prólogo”*, de la obra colectiva dirigida por Brewer Carías, Allan (2022), *“La muerte de una Constitución. El proceso constituyente desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema”*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello, nº 9, Caracas, Venezuela.

Redondo Hermida, Álvaro (2023), *“La amnistía en el sistema constitucional”*, La Razón, 10 de septiembre de 2023.

Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (2023), *“La amnistía, el cabo de Troya contra la Constitución”*, El Mundo, 14 de noviembre de 2023.

Rollnert Liern, Göran (2002), *“La Jefatura del Estado. Símbolo e integración política en la Constitución vigente”*, Minin, Valencia.

Ruiz Robledo, Agustín (2023) *“El Rey como garante de la Constitución”*, La Razón, 8 de agosto de 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1236154

Tajadura, Javier (2023) *“Estado constitucional y amnistía”*, ABC, 11 de septiembre de 2023.

Torres del Moral, Antonio (2017), *“Un reto y un discurso”*, El Mundo, 5 de octubre de 2017: <https://www.elmundo.es/espana/2017/10/05/59d546c722601d82538b458c.html>

Tribunal de Justicia de la UE (2018), Comunicado de prensa nº 159/18, de 19 de octubre de 2018 *“Auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia en el asunto 619/18 R”*: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/cp180159es.pdf>

(2020) Auto de 8 de abril de 2020 (asunto 791/19: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225141&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1553500>

Zarzalejos, José Antonio (2023), *“El pacto de Bruselas tumba la transición”*, El Confidencial, 9 de noviembre de 2023: https://blogs.elconfidencial.com/espana/notebook/2023-11-09/el-pacto-de-bruselas-tumba-la-transicion_3770886/