

AMNISTÍA, CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA MATERIAL

CARLOS PÉREZ DEL VALLE

1. La discusión sobre el sentido de la prerrogativa de gracia en el Estado moderno (1) y, en particular, en los sistemas políticos parlamentarios (2), no es, probablemente, una discusión agotada (3). Se considera que este tipo de sistemas políticos debería mostrar un rechazo de principio a la idea del derecho de gracia en sentido estricto, y sólo en algunas ocasiones se plantea la cuestión de si puede concebirse de algún modo en este ámbito (4); en otras palabras, si es posible hablar de un «derecho de gracia corregido» en el sistema del denominado Estado de derecho moderno (5).

En este orden de consideraciones, también la amnistía ha venido siendo

(1) Cfr. ENRIQUE BACIGALUPO: *Principios de Derecho penal-Parte General*, 4.ª ed., págs. 73-74, sobre el sentido del artículo 4.3 CP: «En tal contexto, el artículo 4.3 CP es indudablemente una pieza extraña al sistema constitucional vigente».

(2) No obstante, la amnistía ha sido reivindicada en sistemas políticos muy distintos. Cfr., por ejemplo, en el nacional-socialismo en Alemania, el repertorio de legislación sobre amnistía recogido por WOLFGANG MENSCHIELL: *Das gesamte deutsche Gnadenrecht nebst verbandten Gebieten*, Deutsches Rechtsverlag, 5.ª ed., Berlín-Leipzig-Viena, 1943; también respecto al derecho de gracia en general, HANS FÄRBER: *Die prozessuale Auswirkung der Amnestie*, Ebering, Berlín, 1941, quien comienza diciendo: «también en el Estado nacional-socialista la prerrogativa de gracia tiene su lugar» (pág. 5).

(3) De nuevo las acertadas observaciones de BACIGALUPO, nota (1), pág. 74: «Si el tribunal entiende que el sistema del art. 66 CP le impide, agotadas todas las posibilidades interpretativas, aplicar una pena justa (...) debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad de este artículo (el art. 4.3 CP) y todos cuantos se lo impidieran, pero en ningún caso remitir la cuestión a la discrecionalidad del Ejecutivo».

(4) FRIEDRICH GEERDS: *Gnade, Recht und Kriminalpolitik* (Recht und Staat 228/229), JCB Mohr, Tübingen, 1960, pág. 24.

(5) GEERDS: nota (4), págs. 25 y sigs.

considerada una manifestación del derecho de gracia con características especiales: por un lado, la amnistía ha sido entendida siempre como ejercicio del derecho de gracia en forma masiva (6); por otra, se ha vinculado tradicionalmente a fines políticos (7). Ambos factores han contribuido a que la cuestión haya quedado desplazada de una forma radical de la discusión doctrinal, aunque es dudoso que por sí mismos sean explicación suficiente del olvido. Por ello, se hace necesario para explicarlas acudir a la prohibición constitucional de indultos generales que aparece en el artículo 62.i) CE al limitar en este punto la función de la Corona en relación con una competencia del Gobierno (8). Por otra parte podría acudirse al argumento del contexto histórico en que esta prohibición se produjo (9). Esta situación lleva incluso a afirmar a un sector de

(6) Cfr., por ejemplo, la definición de JOHANN-GEORG SCHÄTZLER (*Handbuch des Gnadenrechts*, 2. ed., Beck, Munich, 1992, 30.1): «Normas jurídicas que manifiestan el perdón y/o la atenuación de penas de eficacia jurídicamente reconocida (y de otras consecuencias jurídicas de carácter penal o quasi-penal) para un número determinado de casos, y que del mismo modo ordena la anulación de procesos pendientes y la no incoación de nuevos procesos».

(7) FÄRBER: nota (2), pág. 27; GEERDS: nota (4), págs. 21-22; KARL ENGISCH: «Recht und Gnade», en FREUDENFELD (dir.): *Schuld und Sühne*, Beck, Munich, 1960, pág. 112. EDUARD KERN [«Die Verdrängerung des Rechts durch die Gnade», *ZStW* 43 (1922), págs. 588 y sigs., pág. 588] se refiere también a amnistías por motivos técnico-jurídicos. Más recientemente, SCHÜNEMANN, «Amnestie und Grundgesetz. Zur Verfassungswidrigkeit einer Amnestie in der Parteispendedaffäre», *Zeitschrift für Rechtspolitik-1984*, 137 y sigs., en particular pág. 138. En la doctrina española también muy pronto se constató la especial vinculación política de la amnistía: SALVADOR VIADA Y VILASECA: *Código penal reformado de 1870*, tomo I, Fe/Sanmartín/Guío, 1890, Madrid, pág. 565; PEDRO DORADO MONTERO: «Amnistía e indulto», en *El Derecho protector de los criminales*, tomo II, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1916, págs. 399 y sigs., en especial pág. 423; FERNANDO CADALSO: *La libertad condicional, el indulto y la amnistía*, Jesús López Imprenta, Madrid, 1921, págs. 278-279, que llega a mantener una necesaria restricción de la amnistía a los delitos políticos.

No obstante, en ocasiones la visión del carácter político de la amnistía es más amplia y puede contemplarse no sólo sobre conflictos internos, como puede contemplarse en la discusión en torno a la amnistía en relación con la guerra de Vietnam. Cfr. sobre este punto ARLIE SCHARDT, WILLIAM A. RUSHER y MARK O. HATFIELD: *Amnesty? The unsettled question of Vietnam*, Sun River Press, Lawrence-Massachusetts, 1973.

(8) El artículo 61.i) CE alude a las funciones de la Corona de tal forma que —indirectamente— introduce limitaciones al legislador: no cabe dentro de la Constitución un indulto general. Sobre la discusión en la ponencia constitucional respecto al modelo de delimitación de competencias, cfr. MIGUEL HERRERO R. DE MIÑÓN: «Introducción general al contenido y a los principios de la Constitución», en *La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español* (edic. de Martínez Cuadrado), Mezquita, Madrid, 1982, págs. 51 y sigs., en particular págs. 62 y sigs.

(9) Los debates constituyentes fueron precedidos de dos amnistías, e incluso podría afirmarse que la segunda de estas amnistías —que era más amplia en la medida que comprendía todo

la doctrina a afirmar que «la Constitución de 1978 prohíbe los indultos generales y, por tanto, también la amnistía [art. 62.i)] quedando como única institución del derecho de gracia el indulto particular» (10), regulado por la Ley 1/1988 (11).

Una afirmación tan radical es puesta en duda, sin embargo, hasta por autores que no silencian su simpatía por esta solución, pero que reconocen ciertos límites en orden a la interpretación del contenido de la Constitución. Se indica, en este sentido, que «si los indultos generales están constitucionalmente prohibidos, con mayor razón debe prohibirse la amnistía», aunque se admite que, para ello, «la Constitución debería haber prohibido también expresamente la amnistía por las mismas o más razones que no permite los indultos generales» y que en manos del Parlamento quedaría la posibilidad de dictar una ley de amnistía (12).

2. Esta discrepancia sustancial en las conclusiones desde perspectivas que manifiestan con claridad su acuerdo en el rechazo a la amnistía justifica un examen detenido de la tesis mantenida por quienes mantienen una prohibición constitucional de la amnistía, que sólo podría encontrar justificación sobre una interpretación teleológica del texto de la Constitución. En efecto, únicamente el apoyo de la finalidad de la ley podría explicar esta posición, si se contempla estrictamente el texto de la Constitución: por una parte, sólo se hace referencia a la prerrogativa de gracia entre las facultades del Rey; por otra, esta referencia no lo es a la prerrogativa de gracia en particular, sino sólo a su manifestación a través del indulto.

Por otra parte, en el estudio de la amnistía no faltan aspectos que puedan

tipo de delitos cometidos con intencionalidad política aunque con algunas limitaciones temporales según fuese su sentido— fue contemporánea a los primeros trabajos de los siete miembros de la ponencia elegidos por la «Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades públicas» del Congreso elegido el 15 de junio de 1977. En efecto, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía entró en vigor el día 17 de octubre, y los trabajos de la Ponencia habían comenzado el 22 de agosto de ese año y el texto del Anteproyecto no fue entregado al Presidente de la Comisión hasta el 23 de diciembre de 1977, aunque el primer borrador del Anteproyecto fue filtrado el 23 de noviembre de 1977 a una publicación mensual (cfr. la «Cronología», en MARTÍNEZ CUADRADO edic., nota 8, págs. 266, 272 y 274).

(10) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal-Parte General*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 422.

(11) Ley 1/1988, de 14 de enero, que modifica la Ley de 18 de junio de 1870 que regulaba el ejercicio del derecho de indulto y que suprime en su artículo 3.4 la referencia a los indultos generales del artículo 15 de la Ley de 1870.

(12) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho Penal-Parte General*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 745-746.

ser objeto de la discusión dogmática. En principio, parece evidente que cualquier manifestación de la prerrogativa de gracia ha de ser concebida como una renuncia del Estado a la sanción de determinados hechos punibles. No obstante, independientemente de algunos recientes ataques al derecho de gracia y a la amnistía en particular (13), es posible hablar de unas ciertas posibilidades de que se revitalice desde una perspectiva jurídica una discusión paralela a aquella que enfrentó en su día a quienes consideraban que la amnistía suponía una renuncia de la pretensión sobre la pena (es decir, de la acción penal) (14) y quienes defendían que tan sólo implicaba la renuncia al derecho a pronunciar una pena con el fundamento de aquella pretensión o a ejecutar la pena sobre la que ya existía este pronunciamiento (15), y que ya se estimaba superada (16). En mi opinión, el resurgimiento de la discusión estaría respaldado por el reconocimiento de que las decisiones con origen en lo que de forma tradicional se entendía englobaba la prerrogativa de gracia no sólo pueden servir para evitar un proceso inoportuno (objetivo procesal), sino también para la corrección de decisiones incorrectas o para la adaptación de una valoración de hechos modificada por la ley (17). Ciertamente, no es a la corrección de decisiones particulares a la que voy a acudir de ahora en adelante, que es un problema que escapa del ámbito de la amnistía y respecto al cual me parece que no cabe *de lege ferenda* en nuestro sistema otra solución que la del rechazo (18).

(13) Cfr. KÖHLER: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1997, pág. 693; también sus posiciones en *Amnestie, Gnade Politik* (edición dirigida por WOLFGANG GREWE), Loccumer Protokolle 62/1988, Rehburg-Loccum, 1990, pág. 167.

(14) KARL BINDING: *Handbuch des Strafrechts-1*, Dencker & Humblot, Leipzig, 1885, § 166, pág. 863: «la prerrogativa de gracia es una renuncia de un derecho»; «sólo el titular del derecho puede renunciar a él, quien es titular de la acción penal»; ERNST BELING: *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, Walter de Gruyter, Berlín-Leipzig, 1928, quien distingue entre la abolición, en la que incluye las leyes de amnistía de la República de Weimar, ajenas al derecho del Reich y que implican una desautorización del proceso penal y la prerrogativa de gracia en sentido estricto, como renuncia a la acción penal (pág. 522); FRANZ VON LISZT y EBEHARD SCHMIDT: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín-Leipzig, 1932, § 73.1, pág. 439; EDUARD KERN: *Strafverfahrensrecht*, Biderstein, Munich-Berlín, 1949, pág. 189.

(15) Cfr. ya WILHELM SAUER: *Grundlagen des Strafprozessrechts*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1919, § 16.II.1, págs. 334-335: no se trata de una causa de anulación de la pena, sino de una prescripción de su ejecución, pues es un acto del Estado que evita la persecución y la ejecución; KARL PETERS, *Strafprozeß*, 4. ed., CF Müller, Heidelberg, 1985, pág. 274 (es una exigencia negativa del proceso) y 698-699 (significa la renuncia a la persecución de una pena derivada de una ley).

(16) GEERDS: nota (4), pág. 9.

(17) JAKOBS: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 2. ed., Walter de Gruyter, 1991, 10/25.

(18) En ese sentido, BACIGALUPO: *Principios*, pág. 74.

3. En un perspectiva estrictamente constitucional, lo cierto es que no es posible observar reflexión alguna de los comentaristas españoles de la Constitución de 1978 sobre la amnistía a partir del artículo 62.i) CE, quienes se dirigen, por lo general, a indicar con claridad el límite de la prerrogativa de gracia a través de una restricción de las funciones de la Corona (19).

En este orden de consideraciones, en los comentarios a la Ley Fundamental de Bonn en la República Federal de Alemania existe un cierto acuerdo en atribuir la posibilidad de dictar leyes de amnistía dentro de la potestad que abarca a las leyes penales como competencia concurrente (20), de modo diferenciado de la prerrogativa de gracia que corresponde al Presidente (21). Es cierto que en Alemania existe una cierta tradición de leyes que regulan la amnistía y que, en la actualidad, también se encuentra en vigor una disposición con esta finalidad (22), pero la posición doctrinal que incluye la amnistía como una forma de legislación penal es independiente de cuál sea la ley reguladora de esta institución (23). Se indica en este sentido que la referencia a la legislación penal de la Ley Fundamental comprende no sólo las leyes que regulan su imposición, sino también su liberación, pues quien dispone de la potestad de establecer la sanción, ostenta también la de no hacerlo (24). En particular, se

(19) Cfr. ENTRENA CUESTA: *Comentarios a la Constitución* (coordinados por GARRIDO FALLA), Civitas, Madrid, 1980, págs. 673-674; indicando que se trata de una función simbólica; FERNÁNDEZ SEGADO: *El sistema constitucional español*, Dykinson, 1992, pág. 559; DE ESTEBAN y GONZÁLEZ TREVIANO: *Curso de Derecho Constitucional español-III*, UCM, Madrid, 1994, págs. 129-130; PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, 2.ª edición, M. Pons, Madrid, 1995, pág. 500; LÓPEZ GUERRA, ESPÍN, GARCÍA MORILLO, PÉREZ TREMPs y SATRÚSTEGUI: *Derecho Constitucional-II (Los poderes del Estado-La organización territorial del Estado)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; AYUSO TORRES, en NUÑEZ RIVERO, PEREIRA MENAUT y otros: *Manual de Derecho Constitucional-I*, Colex, Madrid, 1997, págs. 204 y sigs.

(20) PESTALOZZA: *Das Bonner Grundgesetz-Kommentar-Bd 8* (HERMANN v. MANGOLDT, FRIEDRICH KLEIN y CHRISTIAN PESTALOZZA, 3.ª edición, Franz Vahlen, Munich, 1996, art. 74.1.1, núm. 72; sobre la competencia de legislación de amnistía de los Länder en relación con su propia legislación penal, núm. 75; MICHAEL BOTHE: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland-Reihe Alternativkommentare-Bd 2* (serie de comentarios dirigidos por Rudolf Wasserman), Luchterland, 1989, Art. 74, núm. 4; INGO VON MÜNCH: *Grundgesetz-Kommentar-Bd 3* (comentario dirigido por el mismo autor), Beck, Munich, 1978, Art. 74, núm. 9.

(21) Sobre la competencia del Presidente de la República Federal en el indulto, cfr. SCHÄTZLER: *Handbuch*, 2.1.1, pág. 18.

(22) La ley en vigor es la de 20 de mayo de 1970 [BGBl (Boletín oficial federal), I, pág. 509].

(23) Con anterioridad a la Ley de 1970, LEIBHOLZ y PINCK: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland-Kommentar an Hand der Rechtsprechung des BVerfG* (LEIBHOLZ, PINCK y HELBERG), 3.ª edición, Otto Schmidt, Colonia-Marienburg, 1968, Art. 74.1.c).

(24) PESTALOZZA: *Das Bonner GG*, Art. 74.1.1, núm 72.

considera la regulación de la amnistía como una regulación negativa de la ejecución de la pena: cuando se revocan las penas en vigor, se renuncia a su ejecución de modo que se establecen excepciones a la regulación sobre las penas antes y después del proceso, y, en este último caso, antes del procesamiento, durante el proceso, después de su conclusión o durante la ejecución (25). En forma expresa se indica incluso que la competencia para dictar una ley de amnistía —también denominada ley de liberación de la pena (*Straffreiheitsgesetz*) debe presentar una delimitación respecto de la prerrogativa de gracia referida a casos particulares, aunque lo decisivo en la amnistía no sea el mayor o menor número de hechos punibles que caen en el ámbito de aplicación de la ley, sino que depende de que, por causa de la consideración abstracta del tipo legal, no pueda alcanzarse a observar con precisión a cuántos y cuáles casos es aplicable la ley (26).

En realidad, es evidente que, por sí solo, el texto del artículo 62.i) CE no permite alcanzar otra conclusión que la que se refiere a la prohibición de los indultos generales. A ello se añaden motivos razonables para plantear la cuestión de la legislación de la amnistía dentro de la competencia exclusiva que atribuye al Estado el artículo 149.1.6.^a CE.

4. Por otra parte, es posible afirmar que la doctrina española consideró tradicionalmente que la amnistía y el indulto eran instituciones totalmente distintas (27). En particular, a fines del siglo XIX existía una clara línea de separación fundada en la afirmación de que la amnistía, a diferencia del indulto, era un acto que carecía de control jurídico (28), sin perjuicio de las críticas que recaían sobre lo que se estimaba una injusticia consustancial a los indultos generales.

(25) PESTALOZZA: *Das Bonner GG*, Art. 74.1.1, num. 105 y 74.

(26) En este sentido, y sobre el texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán Bverf 10, 242; MAUNZ: *Grundgesetz Kommentar-Bd III*, THEODOR MAUNZ y GÜNTER DÜRIG: Beck, Munich, 1996, Art. 74, num. 71.

(27) En relación con los diferentes antecedentes históricos, CADALSO: *La libertad condicional, el indulto y la amnistía*, págs. 273 y sigs; con estadísticas sobre las amnistías desde 1832 en España, en págs. 280-281. Con claridad se habían manifestado ya VIADA: *Código penal reformado de 1870*, pág. 565; y también ALEJANDRO GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo II, 2.^a edición, Hijos de J. A. García, Madrid, 1903, pág. 680, quien afirma que el indulto es el perdón, mientras que la amnistía es el olvido, motivo por el que sostiene, frente a VIADA (págs. 565-566), que la amnistía afecta también a la extinción de la responsabilidad civil.

(28) Cfr. EMILIO BRAVO: *La gracia de indulto*, Establecimiento Tipográfico Pedro Núñez, Madrid, 1889, quien considera la amnistía como una «manera del ejercicio de la prerrogativa de perdón» diferente del indulto y también del indulto general: «no pueden fijarse reglas para la amnistía; acto esencialmente político, sólo se mide por las circunstancias y por la conve-

De este modo, parece evidente que una identificación entre indulto y amnistía es en principio incorrecta, y no sólo por motivos formales, como podría derivarse del contenido del artículo 112 CP-1973 derogado. Este precepto, como se sabe, se refería por separado al indulto (núm. 4.º) y a la amnistía (núm. 3.º) y, en relación con ésta última, señalaba que extinguía «por completo la pena y todos sus efectos», mientras que no hacía mención al indulto, lo que suponía una clara remisión a la Ley de indulto de 1870. Ciertamente, en España se había señalado que «la amnistía se concede por ley» (29), pero es evidente que la confusión entre ambas instituciones jurídicas estaba motivada en la atribución de un fundamento común en el derecho de gracia y a la animadversión a esta prerrogativa (30).

En esta línea, tampoco la proximidad de la amnistía al indulto general aporta un respaldo suficiente a las interpretaciones que defienden la imposibilidad de la amnistía con la prohibición de los indultos generales. La doctrina, que muy pronto contempló esta cercanía, no dejó de subrayar las diferencias esenciales de carácter material (31). La conclusión de que la amnistía es una

nencia pública» (págs. 23 y 24). También sobre la amnistía, CONCEPCIÓN ARENAL: «El derecho de gracia ante la justicia», *Obras completas*, tomo XII, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896: «nunca será un acto jurídico que tenga siquiera apariencia de perfeccionar lo que de imperfecto haya podido tener el fallo de los tribunales» (pág. 63); «no es un acto jurídico, sino político» (pág. 64); «la amnistía dentro de límites razonables sería una triste necesidad, consecuencia de un mal grave; la amnistía sin límites razonables contribuye poderosamente a perturbar el orden moral y el material, y es la forma del derecho de gracia que da mayor amplitud al hecho de injusticia» (págs. 66-67); en pág. 67 comienza el examen del indulto general como una institución diferente.

(29) Cfr. JOSÉ ENRIQUE SOBREMONTA MARTÍNEZ: *Indultos y amnistía*, Universidad de Valencia, 1980, pág. 55, aunque señalaba posteriormente que «la amnistía, ya sea concedida por medio de una ley o ya por decreto, produce verdaderos efectos legales» (pág. 59), sin duda en referencia al Real Decreto de amnistía de 1976. En este sentido se había manifestado implícitamente ya GROIZARD: *El Código penal de 1870*, pág. 680: «mientras la amnistía es una ley especial que extingue los efectos de las leyes penales», el indulto «es un acto de Gobierno que templó el rigor de esas propias leyes en beneficio sólo de determinadas personas». También en esa misma dirección, PEDRO DORADO MONTERO: *El Derecho protector*, pág. 428: «En España, la práctica es conceder la amnistía por medio de leyes; y los autores, así de derecho político como de derecho penal, dicen que efectivamente así han de ser concedidas. Pero nuestra legislación no establece absolutamente nada respecto del particular».

(30) De especial interés son las reflexiones de ALEJANDRO DEL TORO MARZAL: *Comentarios al Código penal*, Tomo II (CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, CASABÓ RUIZ Y DEL TORO MARZAL), Ariel, 1972, págs. 627-629.

(31) Cfr. en este sentido, GROIZARD: *El Código penal de 1870*, pág. 680: «mientras la amnistía es una ley especial que extingue los efectos de las leyes penales», el indulto «es un acto de Gobierno que templó el rigor de esas propias leyes en beneficio sólo de determinadas personas»; también, en el mismo lugar, al efectuar la comparación entre el perdón (indulto) y el olvido (amnistía) incide claramente en una distinción material. También DORADO MONTERO (*El Derecho*

institución diferenciada formal y materialmente del indulto surge, por tanto, de la tradición de la doctrina española, que, pese a la confusión indudable que podría derivar de la existencia del indulto general, no renunció nunca a su tratamiento separado.

En mi opinión, de lo expuesto hasta el momento debe extraerse una primera conclusión: la amnistía es una institución sustancialmente distinta del indulto, de tal modo que es posible mantener, en la actualidad, que no constituye el ejercicio de la prerrogativa de gracia que deriva del poder del gobierno, sino una forma de legislación penal que se caracteriza por excluir la pena con efectos retroactivos para determinados hechos punibles (32). El hecho de que el artículo 130 CP vigente haya omitido su mención expresa como causa que extingue la responsabilidad criminal junto a la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, el indulto o el perdón del ofendido en ciertos casos no implica un límite a las posibilidades de legislar acordando una amnistía, pues no hay restricción constitucional para ello.

5. La afirmación de que es posible una ley de amnistía dentro del marco constitucional no significa, sin más, la atribución de una facultad ilimitada al legislador sobre este punto. Por el contrario, la amnistía debe estar sujeta a ciertas limitaciones propias del orden jurídico en un Estado de Derecho (33) de modo que su significación político-criminal se oriente racionalmente al valor de Justicia (34).

En realidad, un control jurídico de la amnistía sólo es posible si se considera particularmente que el Derecho no tiene por qué coincidir exactamente con el derecho positivo, y que es posible alcanzar factores esenciales del conocimiento de principios jurídicos generales, independientemente de que estén o no positivizados (35). Por ese motivo, resulta de particular interés una exigen-

protector, pág. 424) señala que la amnistía «deroga retroactiva y transitoriamente algunas normas de derecho penal».

(32) Cfr. ENGISCH: nota (7), págs. 111-112.

(33) GEERDS: nota (4), pág. 25. Es evidente que cuando se hace referencia al control jurídico de una ley de amnistía se alude al control de constitucionalidad. Sobre el control jurídico de las decisiones de la prerrogativa de gracia en sentido estricto, cfr. OTTO BACHOF: «Über Fragwürdigkeiten des Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz», *JZ-1983*, págs. 469 y sigs. También sobre los límites de la prerrogativa de gracia, HEINZ MÜLLER-DIETZ: «Recht und Gnade», *DRiZ-1987*, págs. 474 y sigs.; en particular sobre el respeto a la Constitución del ejercicio del derecho de gracia, pág. 481.

(34) Una conclusión similar, GEERDS: nota (4), pág. 35.

(35) KLAUS MARXEN: «Amnestierecht und Amnestiepolitik», *Recht und Politik 25 (1989)*, pág. 86.

cia formal como la del reconocimiento general de que la amnistía ha de ser acordada en una ley (36), así como las exigencias de generalidad —derivada del propio contenido esencial de la ley— y de exclusión de tratamiento desigual (37).

En mi opinión, las críticas que se han dirigido a estas últimas exigencias no son decisivas para rechazar la posibilidad de una amnistía en el marco del Estado de Derecho. Sin duda, es cierto que la amnistía «se refiere a la estructura y al curso del conflicto específico que trata de resolver» (38) y que la aspiración de igualdad tiende a ensamblar diferentes campos de conflicto (39). Sin embargo, es también claro que la solución sólo puede buscarse en la propia delimitación del conflicto.

Generalidad e igualdad son, de esta forma, una misma exigencia materializada en dos aspectos diferentes de la técnica de configuración de la ley (40). La generalidad de la ley requiere un distanciamiento del poder que dicta las leyes penales respecto de los hechos concretos y las personas concretas, para evitar que el acto de legislación se lleve a efecto bajo la influencia de esos casos concretos y de la dependencia directa de intereses que afecten a ese caso (41). La generalidad implica, en ese ámbito de la amnistía, que la disposición no puede contener trato de favor alguno respecto de personas vinculadas o no vinculadas al conflicto delimitado normalmente a través de tipos penales especificados con ciertos elementos circunstanciales de tiempo o lugar o de finalidad o motivación. De este modo, la igualdad supone también que no debe existir un trato diferenciado entre amigos y enemigos (42) y, por tanto, que todas las partes implicadas en el conflicto han de recibir un mismo tratamiento, de modo que los hechos comprendidos en la amnistía repercutan de una misma forma a quienes los realizaron, cualquiera que fuese la posición adoptada en el conflicto al que se quiere dar punto final mediante la amnistía.

En este sentido, la doctrina alemana ha señalado algunos requisitos propios

(36) Cfr. nota (29).

(37) MARXEN: *RuP-1989*, pág. 86.

(38) MICHAEL BREITBACH: «Amnestie - Medium politischer Integration», *RuP-26 (1990)*, págs. 178 y sigs., en particular págs. 183-184.

(39) BREITBACH: *RuP-1990*, pág. 184.

(40) En relación con la amnistía, una consideración del principio de igualdad con referencias a la generalidad de la ley sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, en MICHAEL LEMKE: «Verfassungsrechtliche Schranken für Straffreiheitsgesetze», *RuP-1984*, págs. 198 y sigs., y en especial pág. 202.

(41) Cfr. MARXEN: «Strafgesetzgebung als Experiment? Gesetzexperimente in strafrechtlicher Sicht», *GA-1985*, págs. 533 y sigs., en particular pág. 547.

(42) MARXEN: *RuP-1989*, pág. 86; *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, CF Müller, Heidelberg, 1984, pág. 48.

de al amnistía sobre la base de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (43):

1.^a La existencia de un motivo legítimo en el marco del Estado de Derecho y que resulta conforme a la Constitución (44). En particular, se consideran acogidas desde la perspectiva del Derecho penal situaciones agrupadas en tres categorías:

a) Punto final de una situación pasada y conocimiento de una nueva situación en el Estado.

b) No aplicación de normas obsoletas después de una modificación profunda del derecho material.

c) Restablecimiento de la paz jurídica después de un tiempo de grave inseguridad o anarquía

2.^a La forma de ley general, de modo que no constituya una medida camuflada de regulación de un caso particular.

3.^a Configuración del ámbito de aplicación de la amnistía de acuerdo con el principio de igualdad, que se lesiona «cuando la regulación especial que el legislador ha dispuesto de modo que deba afectar a determinados tipos, no está orientada manifiestamente a la idea de Justicia, cuando para ello no pueden encontrarse consideraciones razonables que deriven de la naturaleza de las cosas o que de otro modo resulten convincentes» (45).

En este ámbito, los límites de la amnistía pueden delimitarse con una cierta claridad, pues es posible traducir estas exigencias citadas en criterios concretos. Sin embargo, en todas ellas emerge una cuestión que cobra particular importancia: la limitación de la amnistía desde un punto de vista estrictamente material. En otras palabras: ¿Puede una ley de amnistía afectar a cualquier delito o cabe admitir una limitación constitucional en este sentido? La respuesta es discutida: mientras se piensa, por un lado, que la amnistía no puede afectar a bienes jurídicos de elevado valor y que el Estado no puede renunciar a la sanción en estos casos, pues tiene un deber constitucional de protegerlos (46); por

(43) Cfr. BERND SCHÜNEMANN: *ZRP-1984*, pág. 138. Schünemann añade, con referencia crítica al caso de la financiación de los partidos políticos, un requisito de necesidad de transparencia en la adopción de la decisión.

(44) SCHÜNEMANN justifica esta restricción en la necesidad de que la Justicia penal, ante el trastorno de su fundamento preventivo que representa la amnistía, quede protegida (*ZRP-1984*, pág. 138). En mi opinión, es posible una lectura positiva: en estos grupos de casos el fundamento preventivo no queda trastornado, porque no existe interés preventivo en la imposición de la pena.

(45) En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia BVerfG 10, 234, en pág. 246.

(46) MARXEN: *RuP-1989*, pág. 86, sobre la base de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán BVerfG 39, págs. 1 y sigs.

otra parte, se afirma que las amnistías deben también comprender grandes brutalidades, cuando sólo de esa manera pueden ser superada una situación pasada de enemistad o de conflicto (47). La respuesta a esta cuestión es ciertamente complicada, y a ella se va a dirigir la argumentación que sigue.

6. Una relevancia especial en ese aspecto tiene, desde mi punto de vista, la repetida idea de que la amnistía constituye una «excepción», en particular cuando sitúa las leyes que la acuerdan como una esfera en la que determinados mandatos dirigidos al legislador penal carecen de eficacia. En especial se alude al mandato de continuidad, que establece ciertos límites al legislador en cuanto a la renovación y al cambio del derecho impidiendo modificaciones bruscas injustificadas; y al mandato de consecuencia, referido al deber de persecución penal, en cuanto la ley penal está vinculada a una acción penal del Estado, que —en cuanto es constitucionalmente adecuada— tiene el deber de ejercerla (48). La existencia de un motivo en el marco del Estado de Derecho podría afirmarse en situaciones en las que las normas jurídicas están vigentes, pero carecen de resonancia o de repercusión social o en situaciones de confusión desde un punto de vista político-criminal, pues en ambos casos el legislador está obligado a la reforma y la amnistía aparece como un «anexo a la reforma de la ley», que únicamente sería tolerable cuando las causas de la reforma justifican el carácter excepcional de sus efectos retroactivos: reforma y anexo a la reforma (amnistía) quedarían, por tanto, bajo la reserva de confirmación de su constitucionalidad (49).

Esta visión del carácter excepcional de la amnistía deja traslucir, en mi opinión, la significación fundamental de la amnistía desde una perspectiva formal: la ley de amnistía implica la aplicación retroactiva de una disposición que siempre es más favorable, en la medida que supone una liberación de la pena. La consideración material de este efecto revela, a su vez, otro rasgo propio de la amnistía frente al indulto: a diferencia de éste, la amnistía no ha de recaer sobre resoluciones ya dictadas por los tribunales y, por tanto, sobre casos en los que el ejercicio del *ius puniendi* se ha concretado ya en una decisión adoptada por un órgano jurisdiccional que ejercita un poder del Estado (50). En ese sen-

(47) BREITBACH: *RuP-1990*, págs. 183-184.

(48) PESTALOZZA: «Die Selbstamnestie», *JZ-1984*, págs. 559 y sigs., en particular pág. 560

(49) PESTALOZZA: *JZ-1984*, pág. 560.

(50) Es evidente que en el texto se intenta una separación del ámbito de la prerrogativa de gracia y de la amnistía. Un proceso inverso puede observarse, por ejemplo, en la situación constitucional de la Alemania nacionalsocialista, donde pese a que el punto de partida era la separación (FRITZ GRAU y KARL SCHÄFER): *Das deutsche Gnadenrecht-Teil I*, Walter de Gruyter & Co, Ber-

tido, podría afirmarse que, a diferencia de la prerrogativa de gracia en sentido estricto, la amnistía constituye una renuncia al ejercicio de la acción penal y no sólo a la ejecución de la pena, puesto que la legitimación material que se ejerce mediante la ley de amnistía es la misma que permite la tipificación de comportamientos como delitos y su sanción con penas.

En este orden, resulta clarificador el tratamiento especialmente acertado de un sector doctrinal sobre la prerrogativa de gracia en relación con la acción penal (51), al que en la perspectiva en que he tratado la cuestión sólo cabría hacer una precisión. El argumento según el cual el sujeto en particular carece de un derecho a que el Estado castigue o sancione penalmente (52) sólo podría utilizar como ejemplo el indulto; la amnistía, sin embargo, no supondría una limitación conceptual al concepto de acción, sino sólo su extinción en sentido estricto, puesto que su fundamento —coincidente con el de su origen— es la ley en sentido material y formal. La idea de la acción penal en concreto con un contenido abstracto descansa en el reconocimiento del derecho a un proceso en el que el Estado ha de dar la respuesta legalmente prevista (53). La acción penal se identifica, por tanto, por su objeto: el hecho punible (54). Por ello, la determinación de ciertos hechos punibles respecto a los cuales se excluye la aplicación de una sanción mediante una ley está fundada en la extinción de la acción penal (55).

lín, 1939, pág. 3 y pág. 5, en cuanto se considera la amnistía como liberación de la pena), la acumulación de las facultades del Presidente del Reich y del Canciller en el Führer suponía que éste era titular de todo poder del Estado (sobre la Ley 1 de agosto de 1934 y su eficacia en este aspecto, GRAU y SCHÄFER, pág. 11), de tal modo que era titular de la prerrogativa de gracia general y particular, tanto en el ámbito común constitucional, legislativo y judicial (GRAU y SCHÄFER, pág. 12) como en relación con los tribunales especiales que juzgaban mediante un fuero especial a miembros del partido nacional socialista (*Parteigerichte*) o con tribunales que juzgaban las infracciones relativas al servicio de aquéllos (*Dienststrafgerichte*) (GRAU y SCHÄFER, pág. 14).

(51) DE LA OLIVA: *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., DE LA OLIVA, ARAGONESES, HINOJOSA, MUERZA y TOMÉ, CEURA, Madrid, 1995, § 7-12, pág. 176.

(52) DE LA OLIVA: nota (31), § 7-12, pág. 175.

(53) Cfr. DE LA OLIVA: nota (31), § 7-18, pág. 180. De ahí la afirmación de que «el concepto de acción penal (...) no se deje configurar como transposición al ámbito penal del concepto de acción civil en sentido concreto», § 7-19, pág. 180.

(54) Cfr. DE LA OLIVA: nota (31), § 7-38bis, pág. 191, con el fundamento procesal del derecho penal de acción y sus límites teóricos a la conexión procesal que de este fundamento se derivan.

(55) En mi opinión, reviste un particular interés la proximidad del planteamiento apuntado con la investigación de MARXEN, nota (42), pág. 345 y págs. 368 y sigs., que busca el punto de comunicación entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal en la teoría del hecho punible y ULFRID NEUMANN: «Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren», *ZStW-101* (1989), págs. 52 y sigs., en especial págs. 73 y sigs.

7. A la afirmación precedente podría formularse una objeción en principio obvia: si la amnistía supone una extinción de la acción penal, no resulta claro el efecto respecto de hechos ya sentenciados y respecto de los cuales existe una condena pendiente de ejecución o en ejecución en el momento de acordarse la amnistía. De nuevo se plantea una cuestión relativa a la retroactividad de las leyes que, al referirse a la acción penal, podrían ser consideradas de naturaleza procesal.

En ese sentido, la observación del problema de las leyes penales tiene una repercusión similar a la descrita en la amnistía en una perspectiva de técnica legislativa (56), pues se produce un fenómeno similar al descrito como «ley anexa»: cualquier reforma en profundidad de las leyes penales implica una modificación sobre acciones penales concretas de contenido abstracto, que subsisten de acuerdo con la ley vigente en el momento en que tuvo lugar el hecho punible. La ley penal en la que se establece la retroactividad de las disposiciones más favorables —por lo general, en forma de disposiciones transitorias— es, en realidad, un «anexo a la ley de reforma penal» como lo es, en el sentido anteriormente indicado, la amnistía.

En este orden de consideraciones, el fundamento doctrinal en relación con la retroactividad de las disposiciones penales favorables es diferente de aquél en que se apoya la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, pues no es tan clara la vinculación con una idea del principio de legalidad como garantía y es necesario acudir a criterios funcionales o de justicia (57). En efecto, en casos en los que ya se ha dictado una sentencia firme no puede tratarse —como sucedería si fuese una consecuencia del principio de legalidad— de evitar intromisiones ilegítimas del Estado: si la intervención del Estado mediante la imposición de la pena fue legítima, no puede dejar de serlo como consecuencia de una modificación en la valoración legal del comportamiento juzgado. El argumento de que existe un efecto peculiar de retroactividad e irretroactividad en el derecho sancionatorio como efecto de la exigencia de *lex praevia* y, por tanto, del principio de legalidad y de la seguridad jurídica no parece, en ese sentido, suficientemente justificado (58).

En realidad, sólo la Justicia es fundamento de la retroactividad de las dis-

(56) El planteamiento de la amnistía como fundamento objetivo para la alteración del contenido de sentencias firmes que no se han ejecutado en su totalidad puede observarse en algún sector doctrinal. Por todos: KÖHLER: *AT*, pág. 98, nota al pie 95.

(57) Por todos, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español-Parte General-I (introducción)*, 5.ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 185 y sigs.

(58) Cfr. STC 177/1994, de 10 junio, especialmente también en el voto particular formulado por el propio ponente.

posiciones penales favorables. Por un lado, es imposible que el principio de legalidad concebido como garantía -no existe principio de legalidad *contra reo*- explique un efecto favorable para quien ha sido condenado de acuerdo con una ley en vigor en el momento de la realización del hecho punible o en el momento de su enjuiciamiento, pues en ambos casos subsistiría la acción penal. Precisamente por ese motivo no constituye retroactividad en sentido estricto la aplicación de la ley penal favorable en vigor antes del enjuiciamiento, en tanto que la acción penal subsiste en el proceso y no se ha concretado en la sentencia. En los demás casos —es decir, cuando ha adquirido firmeza la sentencia de acuerdo con una ley anterior— la aplicación de efectos retroactivos no garantiza la seguridad jurídica de quien fue legítimamente condenado de acuerdo con una ley vigente en un proceso en que pretendía la concreción de la acción penal fundada en aquella ley; sólo una decisión justa.

Por otra parte, parece claro que el contenido de las disposiciones transitorias en las que se establecen reglas para determinar estos efectos retroactivos no está delimitado constitucionalmente en su aplicación concreta, sino que depende del alcance de la reforma. Esta consideración es evidente, por ejemplo, cuando se mantiene en la jurisprudencia que «la retroactividad de la ley más favorable no da lugar a una pretensión de nueva individualización de la pena» (59). Si se observa el efecto de esta proposición junto con el contenido de la disposición transitoria quinta de la LO 10/1995, que limita la sustitución de la pena a los casos en que la impuesta en sentencia firme excede de los límites del marco penal previsto en el nuevo CP-1995 para el hecho y el autor concreto (cualificación del comportamiento típico) (60), resulta claro que las disposiciones transitorias únicamente persiguen la evitación de que continúen en ejecución penas que son evidentemente desproporcionadas de acuerdo con las valoraciones vigentes en la nueva ley penal.

8. La conclusión que, de estas reflexiones, se deriva para la amnistía, surge de su proximidad a la retroactividad de las leyes favorables que se observa en su relación con la acción penal. La amnistía no sólo no constituye una excepción a la Justicia, sino que únicamente en la Justicia puede encontrar su fundamento. La explicación que proporciona la prevención general

(59) Cfr. STS 286/1997, de 8 de marzo.

(60) Sobre esta idea de la «cualificación del comportamiento típico» como primera fase de determinación de la pena individualizada, cfr. PÉREZ DEL VALLE: «La individualización de la pena y su revisión», edición dirigida por BERNARDO DEL ROSAL, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 141 y sigs., en particular págs. 55-57.

positiva es clarificadora en este sentido (61), en la medida que la Justicia de la comunidad política implica la garantía de expectativas normativamente garantizadas.

Sin embargo, no siempre la necesaria coordinación de la amnistía con la Justicia conduce a la defensa de su permanencia. En ese sentido, se afirma que la amnistía ha de ser un instituto jurídico referido a la Justicia y, por tanto, tiene que estar definido en criterios de corrección con validez general y desligado de la parcialidad que implica la referencia al caso particular (62). Se añade, además, que la política no ha de entenderse como una categoría autónoma respecto a una Justicia de validez general, pues la política no es sino la forma de acción práctica referida a la organización de la comunidad y, por tanto, sometida a la Justicia. La ley penal sería, conceptualmente, un imperativo categórico, de tal modo que fundamentos de mera proporcionalidad no permiten respaldar ni la punibilidad o la determinación de la medida de la pena, por un lado; ni actos de ejercicio de la prerrogativa de gracia o amnistía que extingan o disminuyan la pena, por otro. Pero tampoco el «cambio» interior del sujeto como situación moral sería suficiente fundamento para el derecho de gracia.

En ese orden de consideraciones, se entiende que la «gracia correctora» de casos de aplicación defectuosa de la ley penal u orientada a su mejora es, en realidad, Justicia legal. Por ello, orientado correctamente desde una perspectiva jurídico-legal, el derecho de gracia se ha de situar en un plano general-legal y no sería suficiente la especialidad de la ilicitud o de la culpabilidad del caso particular. Sólo se reconoce entonces legitimidad a la amnistía en un momento de «refundación política».

En las tesis indicadas existen, sin duda, algunos elementos que, desde mi punto de vista, no serían discutidos. La referencia a la idea de Justicia, la generalidad de la ley penal y la sumisión a ésta de la actividad política constituyen, según creo, puntos esenciales de partida a cuyo enunciado no es correcto pre-

(61) Cfr., no obstante, HANS-JÖRG ALBRECHT: «Braucht die Politik die Amnestie? Anmerkungen zum Problem der Amnestie aus der Perspektive der Rechtsentwicklung im Ausland», en la edición de GREWE: nota (13), págs. 67 y sigs., en particular págs. 69 y 70; sobre la orientación preventiva del sistema penal, en pág. 85 y sigs. La interesante reflexión de Albrecht sobre la eficacia en el ámbito de la prevención individual a través de la renuncia o la reducción del aislamiento penal, a través de la rehabilitación y de la evitación de tratamientos estigmatizadores o agravantes del proceso penal y de la ejecución de la pena y de su anotación (registro) y de su desaparición a través de la amnistía no afecta al argumento del texto. En realidad, se trata de efectos reflejos de una decisión que requiere ser justa. No existe identificación —aunque sí interdependencia— entre Justicia y eficacia cognitiva del Derecho penal.

(62) KÖHLER:, nota (13), pág. 167.

sentar objeciones. Sin embargo, el problema se centra en la consideración kantiana de la ley penal como un imperativo categórico, con las consecuencias que, como es sabido, conlleva en su sistema ético-jurídico (63). En cualquier caso, el mismo Kant reconocía que la prerrogativa de gracia era el «más escabroso de los derechos del soberano», pues la *impunitas criminis* es la más grave injusticia contra los súbditos, que sólo puede ser admitida en el caso excepcional de un delito que afecta al mismo soberano (*crimen laesa maiestatis*) siempre que de la impunidad no pudiera derivarse un peligro que afectase a la seguridad del pueblo (64).

En la amnistía se manifiesta de nuevo el problema que se deriva de cualquier concepción de la Justicia que, desde una perspectiva abstracta-formal, se apoya en la ética como un sistema de autolegislación por parte de la persona moralmente libre, y que requiere el regreso al positivismo propio del «carácter estatal de la ley» (*Gesetzesstaatlichkeit*) (65); es decir, a la diferenciación entre la autonomía propia de la moralidad y la heteronomía propia de la legalidad (66). Esta dificultad se manifiesta ya de forma terminológica: si la misma ley penal es un imperativo categórico, su aplicación constituye una exigencia necesaria y no contingente en la vida social. Una ley penal que pueda implicar el perdón de hechos sancionados de acuerdo con otra disposición que ya constituya un imperativo categórico en sí no sería posible, en la medida que requeriría una desautorización de la ley penal anterior.

Estas consideraciones no impiden, sin embargo, el reconocimiento de la legitimidad de la amnistía en situaciones excepcionales, como, por ejemplo, la referencia precedente a momentos de «refundación política». La excepción obedece, sin duda, a las reflexiones sobre el punto de referencia del Derecho penal: el delito no sólo tiene su base en la persona del autor, sino también en sus condiciones sociales, de tal modo que la Justicia penal no constituye una condición previa o una prioridad en un sentido conceptual, sino que constituye una función secundaria en un sentido negativo y en referencia a la forma de la Justicia distributiva

(63) INMANUEL KANT: *Die Metaphysik der Sitten* (1797), edic. Reclam, Stuttgart, 1990, pág. 193 (en apdo. E.I del comentario general que sigue al § 49).

(64) KANT: nota (63), pág. 199 (apdo. E.II).

(65) Cfr. ERIK WOLF: *Das Problem der Naturrechtslehre*, 2.ª edición, C.F. Müller, Karlsruhe, 1959, págs. 53-54.

(66) También, en relación con autores anteriores a Kant, como Christian Thomasius, es evidente esta referencia a la positividad del derecho. Cfr. HANS WELZEL: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3.ª edición, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1960, págs. 162-163; también WOLF: nota (65), pág. 109, que equipara la heteronomía kantiana a la imposición por la fuerza como característica propia de las normas jurídicas (*Erzwingbarkeit*) en el sentido desarrollado por THOMASIVS e incluso parcialmente por PUFENDORF.

en un sentido aristotélico (67). Un concepto de Derecho positivo reducido a la mera legalidad exterior procedente de algunas exigencias de heteronomía fracasaría también en esa perspectiva, puesto que se basa sustancial y esencialmente en las condiciones exteriores de la autonomía subjetiva (68). En este orden de ideas, por tanto, la base de la función secundaria reconocida al Derecho penal en cuanto a la imposición de las sanciones —y, por tanto, aun de modo parcial, sobre la base de la exclusión del carácter de imperativo categórico a la ley penal— permite pensar en la posibilidad de la amnistía dentro del marco de la Justicia; pero, de forma particular, sólo cabe admitir situaciones excepcionales en las que pueda pensarse amnistía como concreción de Justicia cuando se contempla ésta como Justicia distributiva y, por tanto, como exigencia material.

9. En realidad, desde esta perspectiva cabe adoptar, desde mi punto de vista, una posición en el orden de los principios: la compatibilidad de la amnistía con la Justicia requiere situar el punto de referencia en la idea de Justicia distributiva (69). La negación de la posibilidad de una amnistía justa como cuestión de principio obedece sustancialmente a dos posibilidades: o bien se adopta como punto de partida la consideración del Derecho penal desde la sola perspectiva de la Justicia conmutativa o correctiva (70); o bien se mantiene, pese a la consideración de que la Justicia puede ser contemplada como conmutativa y distributiva, que con la amnistía se plantea únicamente una excepción al carácter conmutativo de la pena.

En mi opinión, también la amnistía puede ser formulada como un problema de Justicia distributiva, y precisamente en ella reside su justificación (71). El perdón que implica la amnistía requiere una proporción: «lo justo será un tér-

(67) KÖHLER: *AT*, págs. 7-8. Sobre la influencia de la evidencia matemática de la Justicia que se observa en los pitagóricos y en la ética aristotélica sobre KANT y sus discípulos juristas e incluso en STAMMLER o en KELSEN, cfr. WOLF: nota (64), pág. 47.

(68) KÖHLER: *AT*, pág. 13. No es discutible el apoyo que busca KÖHLER en la teoría del Derecho de KANT y las referencias a las leyes generales de libertad a través de las cuales es posible la compatibilidad del libre arbitrio de unos con el de otros (nota 63), *Introducción a la teoría del Derecho*, § B, págs. 66-67, en la medida en que se hace referencia a las condiciones exteriores de la libertad personal.

(69) En relación con la prerrogativa de gracia en general, ENGISCH: nota (7), pág. 118.

(70) En ocasiones, el punto de partida erróneo está vinculado a una concepción de la que expresamente ya discrepaba ARISTÓTELES: la confusión pitagórica entre la justicia y la reciprocidad; «pero la reciprocidad no se compagina ni con la justicia distributiva ni con la correctiva» pues «muchas veces, en efecto, están en desacuerdo». «Por ejemplo, si un magistrado golpea a uno, no debe, a su vez, ser golpeado por éste, pero si alguien golpea a un magistrado, no sólo debe ser golpeado, sino también castigado». Cfr. *Ética Nicomaquea*, 1132 b).

(71) Del mismo modo que sucede en la individualización de la pena. Cfr., en este sentido, PÉREZ DEL VALLE: nota (60), pág. 41.

mino medio e igual en relación con algo y con algunos» (72). Esa proporción no es, en términos aristotélicos, aritmética en el sentido propio de la Justicia conmutativa, sino geométrica en el sentido propio de la Justicia distributiva. En efecto, la comprobación de la justicia de la amnistía como exclusión de la pena impuesta en leyes penales cuya injusticia radical no puede ser declarada —porque se pretende la resolución del conflicto sin el predominio de una de las partes (73)— exige, al menos, cuatro términos, «pues aquéllos para quienes es justo son dos, y las cosas en las que reside son también dos». Se trata, por tanto, de una medida de Justicia en la que se requiere una comprobación proporcional del alcance del perdón en que consiste la amnistía a los grupos entre los que existía el conflicto que ha de resolverse: «lo justo, entonces, es la proporción, y lo injusto lo que va contra la proporción» (74).

El problema se centra entonces en los límites del enjuiciamiento de la proporción: «aunque todos están de acuerdo que lo justo en las distribuciones debe estar de acuerdo con ciertos méritos, pero no todos coinciden en cuanto al mérito mismo» (75).

a) En una perspectiva formal, me parece indiscutible que la posibilidad de una ley de amnistía está restringida a casos en los que la comunidad política en particular se ha reservado la potestad de sancionar o de ejercitar la acción penal en los términos indicados anteriormente.

aa) De esta forma, no cabe una amnistía sobre delitos en los que se ha renunciado a la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo haciendo desaparecer los plazos de prescripción, como sucede en el caso del genocidio (art. 607 en relación con los arts. 131 y 133 CP).

bb) Tampoco cabría la amnistía respecto de otros delitos internacionales respecto de los que está vigente el principio de justicia universal, se trate de delitos contra el derecho de gentes contra personas internacionalmente protegidas o de crímenes de guerra (el denominado derecho humanitario bélico) o delitos contra la paz, en tanto que su tipificación, aun cuando aparezca en la legislación nacional, es la expresión de compromisos internacionales asumidos por los diferentes estados (76). En estos casos es decisivo el criterio del princi-

(72) ARISTÓTELES: *Ética Nicomaquea*, 1131a.

(73) A diferencia de una «ley de amnistía revolucionaria», en la que se parte de la ilegitimidad de las leyes precedentes y la «razón» de una de las partes en conflicto, y que no sería propiamente una amnistía.

(74) ARISTÓTELES: *Ética Nicomaquea*, 1131b.

(75) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1131a.

(76) Es muy claro en este sentido el caso de los delitos tipificados en los artículos 608 a 614 CP, que constituyen la materialización de los compromisos asumidos en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el Protocolo Adicional de 8 de junio de 1977.

pio de justicia universal, pues ello implica que los estados han asumido la obligación internacional de sancionar y carecerían ya, por sí mismos, del derecho al perdón que implica la amnistía (77).

cc) Finalmente, tampoco sería posible la amnistía de otros delitos que, aun cuando no sean considerados propiamente internacionales, constituyen también la expresión de un compromiso asumido internacionalmente en la persecución de determinados hechos. Este sería el caso, por ejemplo, del artículo 309 CP que tipifica el fraude de subvenciones procedentes de fondos de las Comunidades.

b) En una perspectiva material, el límite no es propiamente la mayor o menor gravedad del hecho, pues la solución está vinculada con el fin de la pena y con el bien común: la amnistía es posible en tanto pueda afirmarse como justa. Las condiciones de justicia de la amnistía son, como se ha señalado, propias de la Justicia distributiva.

aa) Por una parte, la necesidad de la amnistía requiere una referencia negativa al fundamento de la pena: la amnistía no puede afectar a la confianza en que los requerimientos de la ley en la consecución del bien común siguen vigentes (78). El criterio de legitimación de la garantía normativa de las expectativas se encuentra en el bien común, y, por tanto, en la medida que una amnistía, como medida para la resolución de un conflicto, no afecte a la confianza sobre la vigencia en las normas jurídicas, es justa.

bb) Por otra parte, la amnistía está vinculada a exigencias concretas en la distribución; es decir, a la concreción de la Justicia desde una perspectiva de proporcionalidad. De ahí que una amnistía deba alcanzar a todos los términos que se encuentran en el conflicto que se trata de resolver con ella, aunque el límite que afecta a unos y a otros no ha de ser necesariamente igual, sino pro-

(77) Sobre el principio de justicia universal, cfr. artículo 23.4 LOPJ.

(78) Cfr., sobre la pena, JOHN FINNIS: *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1983, pág. 262. Este es un criterio simplificado sobre el problema del fundamento de la pena, en relación con el que ya he señalado algunos aspectos anteriormente. Cfr. en este sentido, PÉREZ DEL VALLE: nota (60), págs. 48-49, nota 33; *La Ley 15 abril 1997*, pág. 4. En ese orden de consideraciones, y en relación con el significado de perdón de la amnistía, creo que no es posible descartar la idea de una «expiación funcional» en un sentido similar al que HEIKO LESCH alude a una «retribución funcional» («Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens», *JA-1994*, págs. 596-597). Un ejemplo de esta posibilidad es la consideración de que la pena, en el antiguo derecho israelita, tiene función purificadora de «expiación», aunque esta purificación no es sólo del autor, sino de todo el pueblo representado en la comunidad jurídica en cuestión (en este sentido, WOLFGANG PREISER, «Vergeltung und Sühne im altisraelistischen Strafrecht», *Festschrift für Eberhard Schmidt* (dir: Bockelmann/Gallas), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, pág. 38.

porcionado a la posición en el conflicto y a las exigencias del bien común que reclama la misma amnistía.

* * *

Estas conclusiones particulares no son sino un punto de partida en la discusión sobre los límites de la amnistía, y, por tanto, constituyen una reflexión inicial sobre un problema con multitud de vertientes. Sin embargo, he intentado incidir en un aspecto que me parece: es posible una ley de amnistía dentro de la Constitución porque cabe una amnistía justa. Las conclusiones que pueden derivarse en concreto de esta afirmación no son totalmente claras: «Nosotros no podemos hacer más que examinar, como te decía, si obraríamos de acuerdo con la justicia o en contra de ella» (79). En ese examen Sócrates tenía la seguridad —que trata de transmitir a Critón— sobre la injusticia de la fuga de la cárcel mediante el soborno a los guardianes; aquí, sin embargo, la conclusión es, sin embargo, muy discutible, pues no es evidente la injusticia del medio utilizado para lograr un buen fin o, más directamente, las condiciones en las que ese medio puede ser considerado justo.

(79) Son palabras de SÓCRATES en PLATÓN, *Critón*-IX.

NOTA

