

LA AMNISTÍA EN ESPAÑA

CONSTITUCIÓN Y ESTADO DE DERECHO

Directores

Manuel Aragón
Enrique Gimbernat
Agustín Ruiz Robledo



eBook en www.colex.es



¿EUROPA NOS SALVARÁ DE NOSOTROS MISMOS?¹

Araceli Mangas Martín

Catedrática de Derecho Internacional Público

Vivimos una honda preocupación desde que se conoció en el verano de 2023 el coste del primer pago de la investidura presidencial de Pedro Sánchez en forma de amnistía a todos los implicados en el proceso de independencia y por cualquiera de los tipos de delitos cometidos. La ciudadanía pacífica ha salido a la calle ondeando banderas europeas como solo se había visto en Cataluña en 2017. Muchos miran a la Unión Europea (UE) esperando que el disparate político y jurídico de una amnistía ilegítima² lo pueda parar «Bruselas». Ello significa que la ciudadanía y muchos juristas dudan si pervive el control constitucional en España.

El Estado de Derecho es el centinela de la democracia. El concepto de Estado de Derecho está muy desarrollado por el TJUE a raíz de su desmantelamiento en Polonia y Hungría. Además, tenemos una descripción acordada y detallada de lo que entienden los Veintisiete Estados por Estado de Derecho³. Una democracia deja de serlo cuando no hay contrapeso sobre el

¹ Una primera versión de este artículo se publicó en el periódico ABC el día 5 de diciembre de 2023 con el título abreviado —por exigencia del espacio para titular en «La Tercera» de ABC—: «¿Europa nos salvará?»

² Mi posición sobre la inconstitucionalidad del proyecto de ley y la ilegitimidad de la amnistía los he expuesto en «Una Constitución maltrecha», en número monográfico sobre los 45 años de la Constitución española y el proyecto de ley de amnistía de *El Cronista del Estado Social y Democrático*, n.º 108-109, diciembre de 2023-enero de 2024, pp. 108-113.

³ Una «ley» comunitaria de gran trascendencia describió el Estado de Derecho: «Comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbi-

ejecutivo y legislativo y hay dudas sobre un control constitucional que deja de ser independiente e imparcial. Esto sucede —como señala el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)— cuando se generan «dudas legítimas», en el ánimo de la ciudadanía, «en cuanto a la impermeabilidad de los jueces...frente a elementos externos y, en particular, frente a influencias directas o indirectas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo» (TJUE, C-824/18).

Por ello, el TJUE estima en esa sentencia que hay que examinar cómo se eligieron o renovaron los altos tribunales o el mismo Consejo Nacional del Poder Judicial (procedentes directamente del poder político y con otros vicios en su elección), el abuso o desviación de poder, etc., pues la *combinación* de esos aspectos da la dimensión de la ruptura con el Estado de Derecho. Y no olvidemos que varias de las reiteradas condenas a Polonia fueron por la composición progubernamental de su Consejo clonado del sistema español —tal como se modificó en 1985— del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sin opciones para los propios jueces.

Las sospechas son profundas desde que el Gobierno español de coalición decidió en noviembre de 2022 capturar al Tribunal Constitucional para su proyecto de gobierno mediante el nombramiento de dos magistrados estrechamente vinculados al gobierno (sin pasar por el tiempo de enfriamiento para evitar las puertas giratorias rechazadas tanto por la Comisión de Venecia como por los informes sobre el Estado de Derecho de la Comisión europea). A esos dos nombramientos se añadió otro más arrancado al CGPJ tras ser sometido a máxima presión. El Gobierno fue urdiendo una cómoda mayoría de magistrados militantes al servicio del tándem fusionado del ejecutivo-legislador.

La Comisión de Venecia reaccionó a la captura del TC polaco declarando que elimina un mecanismo crucial que garantiza que los posibles conflictos con las normas y estándares europeos e internacionales puedan resolverse a nivel nacional sin necesidad de recurrir a tribunales europeos u otros tribunales (Venice Commission, Opinion no. 833/2015). No olvidemos que desde que el gobierno polaco domó al Tribunal Constitucional —que había declarado la inconstitucionalidad de varias leyes antes de 2015— nombró en masa (10 de 15 allí; en España, 7 de 11) a personas colaboradoras con el programa gubernamental. Así en Polonia el TC acabó siendo «un instrumento para legalizar las actividades ilícitas» del gobierno polaco, tal como lo declaró el PE [Resolución 2021/2935(RSP)].

Ahora bien, que nadie se quede inmóvil pensando que la UE nos salvará de nosotros mismos. Siento rebajar las esperanzas. La capacidad de la UE

triedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley» (art. 2 a) del Reglamento 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, DO L 433/I, 22.12.2020).

para hacer
media docer
tar y sancion
esperados ni
desmantelam
hacia 2010-2
vulneración q
hasta 2017-2
prever el art.
para adoptar
papel mojado
ayuda entre E

Un segund
siendo una a
tiempo. Tamp
útiles; es cier
Estado con se
no trasciende
tan en sus ma

Un cuarto
las efectivas c
así como las
cos. Gracias a
de la autocrac
se ha concentr
Sin embargo,
de los Estado
nado por la g
a las cuantios

En Polonia
que no guster
meses y años
de la Comisió
una ley de am
en una rueda
que el respete
tica y que la a
cias de la UE.
Mario Draghi

No cabe es
no tiene esa d
el voto de Sár
mandato al fr

para hacer respetar el Estado de Derecho tiene límites y lleva tiempo. La media docena de instrumentos de los que dispone la UE para contrarrestar y sancionar las desviaciones del Estado de Derecho no dieron los frutos esperados ni en Polonia (solo parciales) ni en Hungría. Aunque los actos de desmantelamiento del Estado de Derecho en Polonia y Hungría comenzaron hacia 2010-2012, no se activó el mecanismo para reconocer la amenaza de vulneración grave y sistemática de los valores (art. 7 del Tratado de la UE) hasta 2017-2018. Y ya activados se atascaron en el Consejo Europeo al no prever el art. 7 TUE ni el Tratado de Funcionamiento de la UE plazo alguno para adoptar la decisión y las sanciones; el art. 7 TUE ha acabado siendo papel mojado; aparte de la votación por unanimidad que permite el veto y ayuda entre Estados autocráticos.

Un segundo instrumento fueron los «marcos de diálogo» que acabaron siendo una añagaza o «paños calientes» para que los infractores ganasen tiempo. Tampoco los informes anuales sobre el Estado de Derecho fueron útiles; es cierto que revelan transparencia y radiografían a España como un Estado con serias quiebras —como lo hicieron con Polonia y Hungría— pero no trascienden, sirven para poco pues los gobiernos autocráticos se parapetan en sus mayorías parlamentarias.

Un cuarto medio para señalar a los Estados infractores en la UE han sido las efectivas demandas de la Comisión ante el TJUE contra Polonia y Hungría, así como las sentencias prejudiciales a petición de los valientes jueces polacos. Gracias a las sentencias del TJUE tenemos pruebas de las ilegalidades de la autocracia polaca (y menos de la húngara pues ha sido muy sibilina y se ha concentrado en restringir libertades afectando menos al poder judicial). Sin embargo, el quinto medio para combatir la descomposición democrática de los Estados —el bloqueo de fondos presupuestarios— se vio distorsionado por la guerra en Ucrania y la necesidad de apoyo de Polonia y Hungría a las cuantiosas ayudas concedidas al Estado agredido.

En Polonia o en Israel (proyecto de Netanyahu para anular las sentencias que no gusten al ejecutivo) fueron la sociedad y los jueces quienes resistieron meses y años contra los autócratas. Solo en Rumania el entonces presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, les salvó en 2019 de la indignidad de una ley de amnistía para los socios corruptos del gobierno rumano. Juncker, en una rueda de prensa en Bucarest, le dijo a la cara al presidente rumano que el respeto al Estado de Derecho no podía ser objeto de transacción política y que la amnistía a corruptos y aliados políticos se oponía a las exigencias de la UE. Rumanía abandonó el proyecto. Fueron como las palabras de Mario Draghi en la crisis financiera de 2008. *Divinas palabras.*

No cabe esperar una actitud similar de la presidenta Úrsula von der Leyen: no tiene esa determinación, quiere ser renovada en julio de 2024 y necesitará el voto de Sánchez (aunque le basta la mayoría cualificada para prorrogar su mandato al frente de la Comisión Europea). Al menos dos Comisarios de su

equipo se atrevieron a llamar «a consultas» —en el sentido tradicional diplomático— e hicieron sudar tinta al «triministro» Bolaños, siempre instalado en su realidad paralela.

Aclaremos: ni el Tribunal de Justicia de la UE ni la Comisión Europea (guardiana de los tratados) examinarán si la Constitución española (CE) permite o no la amnistía, ni si la ley que se apruebe la infringe o no. No es competencia de la UE; ni el TJUE es el guardián de la Constitución española.

Lo que sí compete a la Comisión y, en su caso, al TJUE es si lo amnistiable (corrupción-malversación, terrorismo, etc.) y los procedimientos judiciales conducentes al reconocimiento o no de la amnistía por cualquier motivo respetan los elementos vinculantes del Estado de Derecho (por ejemplo, levantan serias sospechas los art. 4, 10 y 11 de la proyectada ley de amnistía más propios de una situación de conflicto armado o de un estado de excepción).

El proyecto de ley de amnistía y su encomienda de gestión rápida, sin rechistar, a los jueces («de inmediato» dice varias veces el proyecto) y limitadas las garantías de la tutela judicial sin medidas cautelares y otros recursos —so pena de comisiones parlamentarias de investigación— vulnera la independencia judicial y pone en peligro la tutela judicial efectiva tal como se proclama en los Tratados y se interpreta por el TJUE.

El proyecto vulnera, probablemente, el derecho de los jueces a plantear la cuestión de constitucionalidad tal como se prevé en el art. 163 CE y la LOTC, con la obligada «suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión» y, una vez admitida, el proceso quedaría suspendido hasta que «resuelva definitivamente sobre la cuestión». El temor está en el efecto combinado de los art. 4, 10 y 11 del proyecto que parece dejar en el aire las prescripciones constitucionales y las potestades del propio Tribunal Constitucional, al ordenar a los jueces el sobreseimiento libre o, en su caso, sentencia absolutoria y dar «con carácter preferente y urgente las decisiones pertinentes en cumplimiento de esta ley, cualquiera que fuera el estado de tramitación» del proceso. Se podría abrir la puerta a permitir eludir la suspensión automática de la aplicación de la ley al caso concreto en las cuestiones de inconstitucionalidad.

Es muy confuso el proyecto al decir que los jueces y tribunales decidirán su aplicación a los casos que les lleguen «con carácter preferente y urgente» en un plazo máximo de dos meses, «sin perjuicio de los ulteriores recursos, que no tendrán efectos suspensivos». Delitos gravísimos pueden ser instruidos durante años y años sin que pase nada; la concesión de amnistía debe ser de inmediato, todo en dos meses. Claro que si el juez ordena el sobreseimiento de los procesos amnistiados antes de la sentencia del TC, ésta pierde su efecto útil y sería meramente declarativa. Si sobreseer, y se reconociera alguna inconstitucionalidad posterior, no se puede «desamnistiarse» pues afectaría a principios penales fundamentales como el de *non bis in idem* y el de «cosa juzgada». Incluso, si grupos parlamentarios y CCAA planteasen

recursos
los ben
tuciona
nada pa
los sedi

Las ac
telares; t
por el ju
la Carta)

Los ju
necesar
por Espa
de la Uni
jueces, n
sentencia

Entre e
jueces —
diente al
mento Eu
ni imparc
un «instr
Además e
polaco: «
más, no e
lución de
Humanos
al menos,
justo) ni r
4907/18).
cial de la
nal» debic
(C-718/21

También
respetar
jueces y l
al aplicar
la jurispru
yecto actu
establece
sumarísim
ner incluso

La tutela
contra tod

recurso de inconstitucionalidad, cuando llegue la sentencia del TC estarán los beneficiarios en la calle «limpios» de todo. Y si fuera declarada inconstitucional en todo o parte la ley, será un brindis al sol, papel mojado, porque nada paraliza y difícilmente serán recomenzados los procesos penales contra los sediciosos.

Las acciones judiciales y de las partes quedan apartadas sin medidas cautelares; tutela judicial de la que quedan privados las partes y su otorgamiento por el juez, lo que atenta a la CE (art. 24), al Derecho de la UE (art. 19 TUE y la Carta) y al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6).

Los jueces españoles llamados a aplicar la ley de amnistía pueden estimar necesario aclarar si la nueva ley concuerda con las obligaciones adquiridas por España tal como son interpretadas por el TJUE en materia de principios de la Unión (igualdad, respeto del Derecho, juicio justo, independencia de los jueces, medidas cautelares para asegurar la tutela efectiva, efecto útil de las sentencias...).

Entre esos elementos a examinar por el TJUE son la independencia de los jueces —incluido si el TC español es un verdadero tribunal o no es independiente al permitir las «puertas giratorias»—. Cabe recordar que para el Parlamento Europeo el TC polaco no era *un tribunal* porque no es independiente ni imparcial. Como ya he señalado, para el PE ese tribunal se convirtió en un «instrumento para legalizar las actividades ilícitas de las autoridades». Además de ilegal, para el PE era ilegítimo por estar subordinado al Gobierno polaco: «no solo carece de validez jurídica e independencia, sino que, además, no está cualificado para interpretar la Constitución en Polonia» [Resolución del PE, 2021/2935](RSP)]. Y para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TC polaco, afectado por la ilegalidad en el nombramiento de, al menos, uno de sus jueces, no es tribunal conforme al art. 6 CEDH (juicio justo) ni responde a los criterios de «tribunal establecido por la Ley» (asunto 4907/18). El TJUE ha rechazado en diciembre de 2023 una cuestión prejudicial de la Sala Disciplinaria del TS polaco por no ser un «órgano jurisdiccional» debido a las circunstancias que rodean el nombramiento de sus jueces (C-718/21, *Krajowa Rada Sądownictwa*).

También puede explorar el TJUE si la tutela judicial efectiva y cautelar se respeta en la futura ley de amnistía, de modo que las atribuciones de los jueces y los derechos de las partes en los procesos sean invariables tanto al aplicar derecho de la UE como el nacional de la amnistía, tal como exige la jurisprudencia europea (asuntos, C-585/18, C-624/18 et C-625/18). El proyecto actual elimina la posibilidad de medidas cautelares o de suspensión y establece limitaciones al juicio justo para jueces y las partes en los procesos sumarísimos de amnistía. La primacía del Derecho de la UE se debe mantener incluso ante leyes de excepción como la de amnistía.

La tutela judicial efectiva implica que los jueces deben estar protegidos contra toda injerencia externa que pudiera poner en peligro la independencia

de sus sentencias, como dijera el Tribunal de Justicia de la UE (C-506/04, *Wilson*). Los jueces nacionales son al tiempo jueces del Derecho de la UE, es decir, son orgánicamente nacionales y, a la vez, son órganos jurisdiccionales *funcionalmente europeos* y en todas sus actuaciones procesales deben hacer respetar, en todo caso, las garantías del Derecho de la UE (art. 19.1 TUE y 47 Carta DF, sentencia citada C-585/18).

La decisión sobre si plantea la cuestión prejudicial al TJUE es un derecho discrecional, propio y exclusivo del juez del caso ante el que se solicite la amnistía. Si lo decide, el juez tiene que suspender el proceso concreto de amnistía al plantear cuestión prejudicial sin tener que cerrar el proceso de reconocimiento de ese privilegio. El prejudicial tiene efectos suspensivos a pesar de la ley de amnistía. La cuestión prejudicial no puede ser controlada ni interceptada por autoridad interna alguna.

El reenvío al TJUE, con sede en Luxemburgo, comporta, pues, sin excepciones ni límites sobrevenidos, la suspensión del proceso que dio lugar al incidente prejudicial. La sentencia del TJUE no es un dictamen u opinión autorizada sino una sentencia que vincula al juez en su fallo; el juez nacional emitirá su sentencia condicionada por el fallo interpretativo del TJUE.

También los jueces españoles —en su caso, el Tribunal Supremo por los beneficiados bajo su jurisdicción— tienen la facultad de examinar, de oficio, por sí mismos la compatibilidad de la ley de amnistía con el Derecho de la UE (sus valores, el art. 19 TUE, etc.) y la jurisprudencia aclarada por el TJUE y dejar inaplicadas por su propia autoridad, *la autoridad que les da ser jueces europeos*, las disposiciones de una ley nacional que estimen contrarias al Derecho de la UE. El control difuso está reconocido desde las famosas sentencias *Costa c. ENEL* y *Simmenthal* y no es una opción, sino una obligación si estiman la contradicción.

De todos modos, lo recomendable y adecuado en el contexto de la ley de amnistía es solicitar la cuestión prejudicial antes que optar por la inaplicación. Y la inaplicación o la opción por el planteamiento prejudicial no se ve afectado por el hecho de que exista una previa declaración de la constitucionalidad de la ley por el TC pues son patrones normativos distintos.

Además, si el TS plantea la previsible cuestión prejudicial puede sugerir la suspensión de la ley por el TJUE; lo ordenó, por ejemplo, la vicepresidenta del TJUE, la española Rosario Silva, y Polonia tuvo que dejar de aplicar la ley sobre la Sala disciplinaria (el retraso en ejecutar la suspensión le costó a Polonia más de 600 millones € de multa). Por no hablar de otras suspensiones de leyes del poderoso Parlamento alemán antes de su entrada en vigor. Lo veo improbable, pero se debe intentar si se mantiene la falta de juicio justo.

Como se dijo de lo sucedido en Polonia, Hungría e Israel, también en España, más que reformas legales son un cambio del sistema democrático hacia un régimen autocrático. Las autocracias invocan la constitución, se disfrazan con sus ropajes y retuercen la constitución y la legalidad para amol-

darlas
posici
ción, s
De l
los mil

Bibli

TJUE, s
ci
Venice C
th
m.
Resoluci
TEDH, se
log
tar
c. A
TJUE, se
dov
TJUE, sen
A. I
Polk
TJUE, sen
C:20
TJUE, sen
:C:1
TJUE, sen
:C:19

darlas a sus ambiciones de poder hasta consumir un proceso de descomposición constitucional y política con un territorio sin contrapesos: sin oposición, sin jueces y sin sociedad civil crítica.

De la autocracia solo nos salvaremos gracias a la ciudadanía pacífica y a los miles de jueces independientes y al Tribunal Supremo de España.

Bibliografía

JURISPRUDENCIA

- TJUE, sentencia de 2 de marzo de 2021, C-824/18, *A. B. y otros sobre promociones a plazas*. ECLI: EU: C:2021:153.
- Venice Commission: *Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal on Poland*, Opinion no. 833/2015, de 11 de marzo de 2016, parag. 138.
- Resolución del PE, de 21.10.2021 (2021/2935)(RSP).
- TEDH, sentencia de 7 de mayo de 2021, asunto *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pollogne*, requête n.º 4907/18, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065>. también sentencia de 8 de noviembre de 2021, *Dolińska-Ficek y Ozimek c. Polonia* (CE:ECHR:2021:1108JUD004986819).
- TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2023, C-718/21, *Krajowa Rada Sądownictwa*, ECLI:EU:C:2023:1015.
- TJUE, sentencia de 19 de noviembre de 2019, C-585/18, C-624/18 y C-625/18, *A. K.* (Independencia de la sala disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia). ECLI: EU: C:2019:982.
- TJUE, sentencia de 19 de junio de 2006, C-506/04, *Wilson*, ECLI: EU: C:2006:587.
- TJUE, sentencia de 15 de julio de 1964, 6/64, *Costa c. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.
- TJUE, sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

LA AMNISTÍA EN ESPAÑA. CONSTITUCIÓN Y ESTADO DE DERECHO

Este libro surge de una perplejidad de sus tres impulsores: escuchar a un buen número de partidarios de la amnistía (fueran políticos, periodistas o juristas), decir que la mayoría de los juristas estaban manifestándose a favor de su constitucionalidad y que los pocos que lo hacían en contra manejaban argumentos muy flojos. Como no era esa la impresión que ellos tenían, se propusieron recopilar las opiniones contrarias a la constitucionalidad de la amnistía. El resultado ha sido espectacular: más de sesenta autores de reconocido prestigio aportan 78 textos críticos con la amnistía surgida del pacto PSOE-Junts. El lector podrá juzgar por sí mismo la calidad de los argumentos que en ellos se desarrollan. Y hacer sus propias indagaciones sobre el número de juristas que han defendido la amnistía. A nosotros nos parece evidente de qué lado se inclinan las balanzas de la cantidad de juristas y de la calidad de los argumentos.

Para afrontar de la forma más integral posible la amnistía, el libro se divide en cinco capítulos jurídicos y un sexto desde perspectivas más amplias: 1. Visión general del Estado de Derecho en España tras las elecciones de julio de 2023; 2. La inconstitucionalidad general de la amnistía; 3. La amnistía española desde el punto de vista del Derecho europeo; 4. La proposición de ley orgánica para la normalización institucional, política y social en Cataluña; 5. El acoso a los jueces; 6. Cinco miradas más allá del Derecho.

DIRECTORES

Manuel Aragón, Enrique Gimbernat y Agustín Ruiz Robledo.

AUTORES

Segismundo Álvarez Royo-Villanova, Manuel Aragón, Xavier Arbós Marín, Manuel Atienza, Antonio Bar Cendón, Belén Becerril Atienza, Daniel Berzosa, Andrés Betancor, Roberto L. Blanco Valdés, Francesc de Carreras, Josep Maria Castellà Andreu, Juan Luis Cebrián, Vicente Conde Martín de Hijas, Adela Cortina, Javier Delgado Barrio, Francisco Javier Díaz Revorio, José Luis Díez Ripollés, Antonio Elorza, José Esteve Pardo, Ibor Fernandes Romero, Tomás Ramón Fernández, Germán Fernández Farreres, Teresa Freixes, Mercedes Fuertes, Alfonso García Figueroa, José Antonio García-Trevijano Garnica, Vicente Garrido Mayol, Daniel Gascón, Alicia Gil Gil, Enrique Gimbernat Ordeig, José J. Jiménez Sánchez, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Pablo de Lora, Jaime Lozano Ibañez, Araceli Mangas Martín, Manuel Martínez Sospedra, David Martínez Zorrilla, Josu de Miguel Bárcena, Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado, Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, Félix Ovejero, Fabio Pascua Mateo, Gerardo Pérez Sánchez, Antonio Manuel Peña Freire, Gonzalo Quintero Olivares, Inmaculada Ramos Tapia, Miguel Ángel Recuerda Girela, Álvaro Redondo Hermida, Luis Rodríguez Ramos, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Javier Roldán Barbero, Rafael Rubio, Agustín Ruiz Robledo, José María Ruiz Soroa, Remedio Sánchez Ferriz, Miguel Satrustegui Gil-Delgado, Jesús-María Silva Sánchez, Fernando Simón Yarza, Francisco Sosa Wagner, Javier Tajadura Tejada, Germán M. Teruel Lozano, Rodrigo Tena, Salvador Viada Bardají, Jesús Manuel Villegas Fernández, Virgilio Zapatero Gómez y Jesús Zarzalejos Nieto.

PVP: 35,00 €

ISBN: 978-84-1194-279-9



9 788411 942799