

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

PAZ ARES, Cándido. *Las falacias de la amnistía*. Editorial Comares. 276 páginas.

por

MANUEL CASERO MEJIAS
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Es evidente que el problema de la amnistía a los condenados por los sucesos de Cataluña de 2017 es un tema que, desde el momento en que surgió, ha generado una enorme polémica en la ciudadanía. Han sido infinitos los comentarios apárecidos desde múltiples campos. Cualquier comunicador o personaje público se ha sentido en la necesidad de expresar su opinión, como no podía ser de otra forma, dada la enorme trascendencia social y política de esta cuestión. Por supuesto también los juristas han expresado múltiples opiniones, con diversos enfoques del tema.

Se publica ahora una obra del profesor Paz Ares. Podría en principio sorprender que este autor dedique un largo estudio (más de 250 páginas) a esta cuestión pues, como es de sobra conocido, es catedrático de Derecho Mercantil. Pero quienes conocemos al autor no dudamos que su extraordinaria y profunda formación jurídica en todos los campos y su dominio del derecho comparado le permiten abordar en profundidad el análisis de este tema. Estamos ante un estudio muy importante que, sin duda, contribuirá a clarificar el enorme debate nacional que ha generado este tema. Además es una obra de gran originalidad, como casi todas las suyas.

Ya en el prefacio el profesor Paz Ares adelanta la tesis que desarrollará a lo largo del libro. Escribe: "si bien la amnistía es una institución que tiene cabida dentro de la Constitución, esta que hoy reclama nuestra atención no encaja en la horma". Es decir, en contra de la opinión mayoritaria de los juristas que entienden que la amnistía no cabe en nuestra Constitución, el si la admite, pero no la que se ha aprobado en la actual ley. Su análisis de la constitucionalidad de esta figura adquiere importancia si tenemos en cuenta que la mayoría de los que la han admitido suelen basarse en criterios políticos y no estrictamente jurídicos. Es decir, admite el género, pero no la especie. Planteamiento original y de gran brillantez jurídica. Y a continuación desarrolla la obra en tres grandes capítulos que denomina falacias: de la prohibición, de la justificación y de la representación.

El primer capítulo (la Falacia de la Prohibición) lo dedica a desmontar la tesis de que la amnistía no cabe en nuestra Constitución. Para ello critica los tres argumentos fundamentales en que se apoyan quienes sostienen dicha prohibición, a saber, la prohibición de indultos generales (argumento a minori ad maius), el argumento basado en la cláusula del estado de derecho y lo que denomina argumento "originalista". Sin duda el primero de estos argumentos es el aceptado por la gran mayoría de los juristas que han estudiado esta cuestión. El profesor Paz

Ares rebate esta interpretación entendiendo que, aunque ambas figuras (indulto y amnistía) pueden encuadrarse dentro de las “prerrogativas de gracia”, no son equiparables, concluyendo que no existe incompatibilidad alguna entre la prohibición de indultos generales y la permisión de la amnistía (no prohibida por la Constitución) entendida como facultad de ordenación o regulación en el ámbito penal. Apoya esta conclusión en múltiples y variados razonamientos. Rebate igualmente el segundo gran argumento esgrimido contra la admisibilidad de la amnistía como es su supuesta inconsistencia con la cláusula del estado de derecho (art. 1.1 CE) y los principios derivados: igualdad (art. 14 CE), seguridad jurídica (art. 9.3 CE) efectividad de la tutela judicial (art. 24 CE), separación de poderes (art. 117 CE), etc. El propio autor reconoce la posible vulneración de alguno de estos principios, pero, incluso en estos supuestos, encuentra argumentos sólidos para seguir defendiendo la admisibilidad de la figura, con importantes referencias al derecho comparado y a la propia doctrina del TC. Finalmente también rebate lo que denomina argumento originalista, estudiando los antecedentes de la CE en esta materia y las enmiendas que se formularon en su día, llegando a la conclusión de que no se recogió ninguna declaración expresa sobre la amnistía por considerarse superflua. Concluye afirmando (págs.. 37 y ss.) que “el argumento verdaderamente decisivo a favor de la admisibilidad de la amnistía radica en el silencio de la Constitución”. Y añade que “el legislador no necesita una habilitación especial positiva para amnistiar.....basta con que no la tenga negativa”. Aun admitiendo que la tesis de la prohibición constitucional de la amnistía es perfectamente defendible, también lo es la contraria que el defiende. Y, por eso, siendo ambas interpretaciones mínimamente razonables, la deferencia debida al legislador, que es la que subyace a la presunción de constitucionalidad, reclama optar por la tesis permisiva. *In dubio pro legislatore*” (pág. 45). Por ello el legislador dispone de cierta discrecionalidad en este terreno, pero, obviamente, esta discrecionalidad no puede ser ilimitada y solo se justifica “como medida excepcional y al servicio de un objetivo especialmente valioso desde el punto de vista constitucional” (pág. 48). Y el profesor Paz Ares adelanta un argumento que desarrolla posteriormente y constituye uno de los fundamentos de su tesis: “tanto la amnistía como el objetivo al que sirve en cada caso deben satisfacer los requisitos del test de proporcionalidad, a saber: aquella debe ser, en el orden fáctico, un medio adecuado para realizar el fin perseguido y, además, debe representar el menos gravoso entre los disponibles, y este debe ser en el orden jurídico, un fin constitucionalmente valioso o digno de protección y, además, debe representar un beneficio superior al sacrificio impuesto a otros bienes constitucionales: debe ser cabalmente “el mal menor” (págs. 54 y 55).

El siguiente capítulo lo dedica a lo que denomina la Falacia de la Justificación y, a mi juicio, es la parte esencial de la obra. El objetivo de este capítulo es destruir la justificación que se ha pretendido dar a esta ley, por entender, los que la defienden, que está justificada materialmente en atención al elevado valor o dignidad de los objetivos perseguidos. El propio autor ya adelanta que la medida no satisface las condiciones impuestas por el principio de proporcionalidad. Analiza el desorbitado impacto que la amnistía supone para el principio de igualdad (art. 14 CE), cuya consigna es “ley para todos”, así como para el derecho de tutela judicial efectiva y deber de punición. Los argumentos esgrimidos por el autor son demoledores y difíciles de rebatir, concluyendo que “sin necesidad de mayores

disquisiciones, la carga u onerosidad de la amnistía proyectada desde el punto de vista de los principios del estado de derecho es notable". Y sopesando los beneficios que puede producir llega a afirmar, con enorme claridad, que "el peso de la partida de los beneficios es tan liviano que inevitablemente ha tenido que ser inflado o exagerado por las fuerzas políticas que promueven la amnistía, por el Gobierno y finalmente por el propio legislador, para que el argumento resultase presentable en el debate público" (pág. 75). Y surge así lo que el autor denomina la hipótesis de la hipérbole: la asimetría entre los costes y los beneficios de la amnistía empujan a las fuerzas políticas que la defienden a la hipérbole, a abultar los beneficios esperados y, en última instancia, a pedir un acto de fe en esos pretendidos beneficios, entrañando un riesgo serio de "banalizar" la amnistía y favorecer una "justicia a la carta". El autor llega a afirmar que "los argumentos esgrimidos por sus promotores para justificar la amnistía son hiperbólicos y, en esa medida, resultan falaces, algunos incluso directamente mendaces" (pág. 78). Afirma con rotundidad que todo el mundo conoce que el único argumento verdadero para aprobar la amnistía ha sido formar gobierno y evitar una repetición de elecciones y, por eso, el argumento de la gobernabilidad como soporte de la ley "es un sofisma tan evidente que más que un error de raciocinio parece una ofensa a la inteligencia" (pág. 79). Aunque sea lícito buscar la formación de un gobierno por medio de pactos, nunca puede existir asimetría entre los derechos afectados por la amnistía y los intereses buscados con ella.

En cuanto al argumento de la desjudicialización, el profesor Paz Ares advierte que se desmonta sin mayor esfuerzo: simplemente si "el conflicto catalán se ha "judicializado" es porque ha funcionado el estado de derecho" (pág. 86). Apelar a la desjudicialización para justificar la amnistía es simplemente configurar esta figura como mecanismo de rectificación de las sentencias judiciales, invadiendo el legislativo el ámbito reservado al poder judicial vulnerando la separación de poderes. Y en este punto realiza un brillante análisis de la lamentable instrucción de la ley a la autoridad competente para que levante de inmediato cualquier medida ejecutoria a que pueda estar sujeto el beneficiario de la amnistía, infringiendo, a su juicio, el principio de independencia y separación de poderes. Critica duramente lo que denomina la personalización de la ley, con continuos cambios a lo largo de su tramitación para adaptarla a determinadas personas, llegando a afirmar con enorme crudeza que "el proceso de fabricación de la ley deja ver la obscena y desmesurada pasión de unos por conservar el poder y de otros por obtener inmunidad a la medida exacta de sus pellejos" (pág. 105).

Termina este capítulo analizando el argumento de la reconciliación, al que califica de menos tosco, pero sin que resulte mejor parado que los demás. A su juicio carece de cualquier base empírica, ya que a la parte infractora no se le exige contrapartida alguna, ni siquiera la "renuncia a la unilateralidad". Y afirma con rotundidad que "eso no es reconciliación sino claudicación o rendición" (pág. 107). Expone múltiples argumentos para justificar su postura: la normalización no consiste en ignorar o quitarle importancia a la agresión, ha de ser bilateral, obtener seguridad de que no volverá a repetirse ni a largo plazo, necesita una mínima reparación del daño causado, el candidato a perdón debe una disculpa, reconocer su responsabilidad y comprometerse a no reincidir, etc. Un perdón incondicional es degradante para el Estado y para la mayor parte la ciudadanía.

De él no cabe esperar más que ira y frustración. Merece la pena transcribir el siguiente párrafo del libro: “El Presidente Sánchez habló de reencuentro total entre Cataluña y el resto de España. ¿Pero que reencuentro es ese en que no cabe media España, la representada por el PP, ni siquiera un poco menos de media Cataluña?” (pág. 117). Incluso el autor pone de relieve que, para evitar sus efectos divisivos en la sociedad, la aprobación de la amnistía debería realizarse por una mayoría cualificada apropiada, como ha señalado en su dictamen la propia Comisión de Venecia. Mayoría raspada y reconciliación efectiva representan una contradicción. Y concluye que en realidad la amnistía se ha probado necesaria para la investidura, no para la reconciliación (pág. 126). Finalmente argumenta con enorme claridad y contundencia que “las razones alegadas en defensa de la amnistía (gobernación, desjudicialización y reconciliación) no tienen, ni juntas ni por separado, valor o dignidad suficiente desde el punto de vista constitucional para contrapesar el nada leve detimento que implica la amnistía para el estado de derecho” (pág. 138).

El tercer capítulo aborda lo que el autor denomina Falacia de la Representación. Y enseguida deja clara la intención de estas páginas advirtiendo que se trata de desmantelar por completo la idea de que la amnistía quedaría legitimada por haber obtenido el apoyo o aprobación de la mayoría de los representantes políticos de la nación que, a su juicio, es “el último bastión tras el cual resisten numantinamente los defensores de la amnistía” (pág. 145). Y aclara que la falacia de la representación se basa en una presuposición errónea y es que la simple existencia de una mayoría parlamentaria garantiza la legitimidad democrática de la decisión. Tras advertir que la representación política es genuina representación (lo que implica la posibilidad del control jurisdiccional) centra su análisis en tres aspectos de la integridad del proceso: la autenticidad, la imparcialidad y la confiabilidad. Aclara que la actuación del representante político no deja de ser representativa, aunque sea discrecional, (por eso tiene que ser necesariamente representativa o fiduciaria) por lo que el representante no está sometido a normas de acción, pero si a normas de fin, que le obligan a perseguir el interés del representado, vedándole cualquier actuación en interés particular. De ahí que este capítulo pretenda demostrar (y bien que lo consigue) que “la motivación que mueve al legislador impide a la ley superar el test de razonabilidad o de interdicción de la arbitrariedad” (pag. 152). Es lo que el autor denomina hipótesis sinalagmática por suponer un inapropiado intercambio de prestaciones: nuevamente con singular dureza afirma: “tú me das la llave del gobierno y yo te quito de encima el peso de la ley. Lo demás es hojarasca para confundir la opinión pública o árnica para desinflamar el ánimo escocido de algunos militantes” (pág. 153).

La importancia del “motivo” es que permite abrir un nuevo ángulo para evaluar la compatibilidad de la amnistía con la cláusula del estado de derecho. El poder ha de ser siempre servicial y, por ello, ejercitarse siempre al servicio del interés de los gobernados y no de los gobernantes. Si bien los poderes ejecutivo y legislativo gozan de la necesaria inmunidad que requiere el desarrollo de la política, esta inmunidad no puede ser absoluta. El control ha de proyectarse sobre la integridad del procedimiento deliberativo. No sobre el contenido de la Ley de Amnistía, sino sobre el motivo que impulsa al legislador a asestar un golpe extremadamente duro al estado de derecho. Afirma el autor que la presunción de constitucionalidad de la ley solo se desvanece si se acredita que el proceso decisorio no ha respetado

tres condiciones básicas que, con lenguaje de nuestra legislación societaria, denomina haberse elaborado “de buena fe en el mejor interés de los gobernados”, “sin interés personal en el asunto objeto de decisión” y “con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado” (pág. 170). Y a lo largo de este capítulo el profesor Paz Ares literalmente desmonta el cumplimiento de estos tres requisitos. Los argumentos que anulan cualquier defensa de la amnistía son demoledores. El autor se muestra especialmente contundente con la tramitación y aprobación de la ley. Utiliza expresiones de gran dureza, como por ejemplo: “atentado a la democracia”, “ofensa al estado de derecho y al estado democrático”, “heterogobierno”, “la autoamnistía es una práctica universalmente proscrita y la nuestra es una amnistía axiomática”, “quien cometió un crimen no puede decidir sobre su propia responsabilidad”, “apelar a una mayoría formada en estas condiciones como expresión del consenso democrático es un sarcasmo”, “la transparencia en los procesos decisarios y la implicación de los interesados brilla por su ausencia”, “la tramitación de la ley no es recta, sino torcida, retorcida incluso”, etc. Destaca las innumerables y escandalosas decisiones inéditas de que está plagado el procedimiento: por ejemplo, haberse tenido que presentar la Proposición de Ley antes de la investidura (pago por adelantado lo denomina) el famoso mediador internacional, la sustitución del supervisor de la legalidad parlamentaria (Letrado Mayor y Secretario General de las Cortes) o el famoso lawfare (ofensiva en regla contra el estado de derecho denomina a este último).

Aclara el autor que las decisiones en un estado de derecho han de basarse en la consistencia, es decir las decisiones de la autoridad deben ser razonables a la vista de las razones declaradas y, viceversa, las razones declaradas deben ser razonables a la vista de las decisiones adoptadas. Y eso tampoco ocurre en el supuesto ahora examinado, fundamentalmente por lo que denomina “el cruce de cables” de gracia e investidura (pág. 212). Por eso califica la Exposición de Motivos como una exposición de pretextos. Cuando se habla de investidura no se habla de amnistía, utilizando el ardil de eludir la cuestión verdadera sobre la que gira el debate. Si se elude esta cuestión capital la conclusión de que la coalición ha alcanzado un acuerdo mayoritario para gobernar se torna irrelevante. Y con evidente sentido del humor el profesor Paz Ares añade: “es como si yo gano un maratón habiendo hecho más de la mitad de la carrera en patinete eléctrico” (pág. 215). O “la amnistía es como el patinete eléctrico: rompe las reglas del juego y falsea el veredicto popular. La gente sabe perder. Lo que no sabe es tragarse sapos” (pág. 217).

Las últimas páginas de este capítulo las dedica a justificar como el TC queda legitimado para entrar a valorar el fondo del asunto y discernir si efectivamente los poderes públicos han violado sus deberes fiduciarios, valorando el motivo y si, por ello, ha existido una “desviación de poder”, teniendo en cuenta que el problema de esa desviación de poder consiste en identificar el verdadero fin del acto, distinto del legalmente previsto. Finalmente analiza en profundidad el difícil problema de la valoración de la prueba.

Termina el libro con un capítulo que el autor denomina consideraciones finales. En primer lugar, aborda la conveniencia de que una Ley de Amnistía debería aprobarse por una mayoría amplia o cualificada (así lo recomienda la Comisión de Venecia), aunque advierte que, al no exigirse así por nuestra Constitución, no parece que la ausencia de esa mayoría amplia posibilite un recurso. Y como resu-

men de su tesis, el autor recuerda como la inconstitucionalidad de la ley tiene un doble fundamento: un fundamento material (afectación de los derechos de igualdad, tutela judicial efectiva y separación de poderes) y un fundamento procesal (vulneración del art. 9.3 CE por desviación de poder y arbitrariedad). Entiende que uno y otro fundamento por si solos corren el riesgo de no prosperar, pero con una frase lapidaria (y a mi juicio demasiado optimista) aclara que “los argumentos de falta de proporcionalidad y de falta de razonabilidad o arbitrariedad de la Ley de Amnistía ofrecen por separado algún flanco débil, pero juntos resultan invencibles” (pág. 244).

Las últimas páginas las dedica el profesor Paz Ares a analizar brevemente si, ante la fragante inconstitucionalidad de la ley, se puede hacer algo para evitar o revertir el desenlace anunciado (a mi entender nuevo juicio demasiado optimista), es decir subsanar, convalidar o de cualquier modo corregir los defectos advertidos. Y con diversos argumentos entiende que sí: por ejemplo, mediante una auténtica renuncia expresa y sin cortapisas a la unilateralidad, o a través de un referéndum, obviamente a nivel nacional. Incluso admite la posible subsanación sellando “un pacto de lealtad constitucional” (pág. 247), asegurando que las instancias territoriales velarían también por el interés general del Estado, no solo por el de su territorio. El propio autor no puede dejar de observar que “más de uno sonreirá irónicamente con la cavilación de un pacto de lealtad” (me incluyo entre los que no dejarán de sonreír), pero la dificultad conceptual, entiende, no debe de evitar apuntar esta solución.

Estamos en presencia de un estudio de enorme importancia para la sociedad española. Me atrevo a dejar constancia que, personalmente, discrepo del posible encaje de la amnistía en nuestra Constitución, pero mis más de treinta años como registrador mercantil de Madrid, y mi permanente diálogo jurídico con Cándido Paz Ares (que ha derivado en una buena amistad) me han enseñado que discrepar jurídicamente de él y rebatir sus argumentos reviste una enorme dificultad, dada su extraordinaria formación jurídica. La gran relevancia de este libro es que, a mi juicio, deja clarísimo que esta Ley de Amnistía es flagrantemente inconstitucional, aunque se admita el encaje de la amnistía en la CE.

En los días en que escribo estas líneas se ha dictado por la Sala de lo Penal de nuestro TS el Auto de 24 de julio 2024 promoviendo cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de julio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, en la medida en que, a juicio de dicha Sala, vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley, así como los principios de seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad que la Constitución española proclama y, subsidiariamente, pueda vulnerar el principio de exclusividad jurisdiccional. El Auto es absolutamente demoledor. Basten un par de ejemplos: En su página 5 puede leerse: “los miembros de esta sala no albergamos duda alguna acerca de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. No presentamos una duda, en el sentido genuino del término, interesando que la misma pueda ser despejada. Tenemos la absoluta convicción de que la norma cuestionada vulnera al menos los preceptos constitucionales que se dirán”. O en su página 25 aclara que solo se aborda la inconstitucionalidad de la especie y no del género con las siguientes palabras: “no profundizaremos aquí, ya lo hemos dicho, en que este derecho de gracia, ante la ausencia de prohibición

constitucional explícita, pueda o no ser ejercido por el legislador. Somos conscientes de que tal facultad ha sido cuestionada, con razones muy sólidas, por una buena parte de nuestra doctrina. Pero no es menos cierto que otros autores, con fundamentos también muy atendibles, han venido a sostener lo contrario. Pierde gran parte de su sentido cuestionar el género cuando tan evidente resulta la inconstitucionalidad de la especie. Como no hace falta cuestionar si un determinado depósito de agua es potable, cuando se tiene la certeza de que el vaso que nos ofrecen, y que se tomó de allí, está efectivamente envenenado". Hasta aquí la cita literal de palabras del Auto. Sobra cualquier comentario. Solo añadir que, entre otros autores, cita expresamente al profesor Paz Ares precisamente en la falacia de la justificación cuando afirma que la amnistía carece hoy por hoy de una justificación capaz de enervar la objeción de arbitrariedad y, como ya quedó escrito, los argumentos justificativos de esta ley son todos ellos falaces, cuando no mendaces. Atisbo que en algún otro razonamiento el Auto "se inspira" en la obra comentada.

Tras concluir la lectura de esta obra (y también del Auto del TS) queda, a mi juicio, disipada cualquier duda sobre la absoluta inconstitucionalidad de esta ley. Pero me temo que todos estos argumentos servirán para poco. Es probable que, cuando este comentario vea la luz, el TC ya habrá declarado esta ley plenamente ajustada a la CE (por supuesto con la consabida votación 7-4 en el seno del tribunal). Los recientes precedentes no dejan lugar a la duda. Y, cuando por razones que todos conocemos, quiebra el estado de derecho, la libertad y demás derechos fundamentales de los españoles quedan seriamente comprometidos al albur de cambiantes opiniones políticas. Ello no obsta para agradecer a Cándido Paz Ares esta espléndida obra que, con independencia del dictamen que en su día emitía el TC, contribuirá a que muchos podamos juzgar con mayor fundamento la peligrosa deriva jurídica de nuestra nación.

