

¿QUÉ PUEDE OLVIDAR EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO? (SOBRE LOS LÍMITES DE LA AMNISTÍA)*

Prof. Dr. Juan Antonio Lascuráin

*Profesor Catedrático de Derecho Penal en Universidad Autónoma de Madrid
(España)*

RESUMEN: El presente artículo tiene como objeto principal el estudio de la amnistía, y más en concreto, de los límites con los que el legislador democrático se enfrenta a la hora de determinar esta inaplicación parcial de una norma penal vigente; es decir, se estudiará la legitimidad de una norma de amnistía dentro del contexto democrático. Para ello, primeramente se analizará la legitimidad del legislador para penalizar y además para despenalizar, en atención a los valores fundamentales del sistema democrático, aspecto que ayudará a comprender de mejor forma la legitimidad y los límites que encuentra toda norma de amnistía dentro de este sistema.

PALABRAS CLAVE: Amnistía, penalización, despenalización, legislador democrático, proporcionalidad de la amnistía.

ABSTRACT: The article's main purpose is the study of the amnesty, and more specifically, the limits that the democratic legislature faces in determining partial non application of current criminal laws; in other words, we will examine the legitimacy of an amnesty provision within the democratic context. For this purpose, first we analyze the legitimacy of the legislature to punish and also to decriminalize, in response to the fundamental values of the democratic system.

* Una primera versión de este trabajo se publicó en el número 28 de *Revista Penal* (julio 2011) con el título "Los límites de la amnistía" (pp. 95 a 113).

This will help us to understand in a better way the legitimacy and limits of amnesty in this system.

KEYWORDS: Amnesty, criminalization, decriminalization, democratic legislator, proportionality of amnesty.

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 12 de septiembre de 2013.

I. INTRODUCCIÓN

1. Tuvo defectos técnicos y severos condicionamientos políticos. Y en algunas de sus decisiones resulta cuestionable desde la puridad del criterio de legitimidad democrática³²⁶. Con todo, la amnistía que acompañó en España el tránsito desde la dictadura hasta el Estado social y democrático de Derecho alimentó la paz, facilitó el cambio político y coadyuvó a cimentar la Constitución de 1978. Esta es aún la percepción ampliamente mayoritaria de la sociedad española³²⁷, en contraste con la consideración que tienen amplios sectores de la ciudadanía de varios países americanos respecto a las normas de amnistía que

³²⁶ El reproche fundamental, a cuyo intento de enmienda responden posteriores medidas legislativas, reside en la falta de medidas de reconocimiento y reparación que acompañaran a la amnistía y mitigaran sus efectos nocivos. V. al respecto, Tamarit Sumalla, "Justicia penal, justicia reparadora y Comisiones de Verdad", en AA. VV. (coord. Tamarit Sumalla), Barcelona (Atelier), 2010, pp. 66 y ss.; "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español", en Política Criminal, vol. 7, núm. 13 (julio 2012), pp. 74 y ss. Sobre la "Justicia transicional en España", v. el artículo de Gil Gil con este nombre y en el libro colectivo acabado de citar (pp. 143 y ss.) y su libro "La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica" (Barcelona, Atelier, 2009). Gil Gil califica el modelo español de justicia de transición como "un modelo de olvido absoluto con rehabilitación parcial" (p. 172 de "Justicia...").

³²⁷ En el año 2000 un 86,10% de la población española se sentía sumamente satisfecho con el proceso de transición (Aguilar Fernández, "Presencia y ausencia de la guerra civil en la democracia española. Reflexiones en torno a la articulación y ruptura del `pacto de silencio'", en AA. VV., ed. Aróstegui y Godicheau, "Guerra Civil, mito y memoria", Madrid, Marcial Pons, 2006).

acompañaron su regreso a la democracia: las sienten como un obstáculo que impide cerrar una profunda herida en el cuerpo de la nación.

Esta diferencia entre lo sucedido en España, o en la República de Sudáfrica a principios de los noventa, por poner un segundo ejemplo de amnistía mayoritariamente evaluada como positiva, y la experiencia de política penal de transición en Uruguay, Perú, Argentina o Chile – en cada caso con los matices correspondientes – mueve a preguntarnos por qué la amnistía funciona algunas veces y otras no; por qué a veces la percibimos como legítima, y otras no; por qué a veces la amnesia, el olvido penal de los crímenes, hace más fuerte a un pueblo, y otras veces, en cambio, actúa como una estorbante cuña en el nuevo proyecto social.

2. La pregunta, así formulada, es una pregunta política, de política jurídica. Y como las normas de amnistía son normas penales – aunque su objeto sea el de no penar -, de lo que estamos hablando es de política criminal, de cómo debemos conformar dichas normas para que sirvan adecuadamente a la sociedad: para que sean valiosas y funcionales. De cómo deben ser, o incluso si deben no ser, si es que la conclusión es la de que toda norma de amnistía es ilegítima o disfuncional en atención precisamente a que prescinde para determinados casos de la seguridad jurídica, de la seriedad normativa y de la prevención penal que procura la aplicación de una norma legítima y vigente.

Expresada en términos más precisos, la pregunta que da pie a este artículo es la de la legitimidad de una norma de amnistía: cuándo es legítima una norma de amnistía, cómo se mide tal legitimidad, en qué consiste – permítaseme la expresión – el “legitimómetro”.

Todavía un matiz para mi interrogante. Cuando nos preguntamos por la legitimidad de una norma lo que nos estamos preguntando es su adecuación a ciertos valores, que son los que conforman un criterio de legitimidad. Ello supone que no vale preguntar sin más si una norma es legítima o no, sino que habrá que añadirle alguna etiqueta, algún adjetivo, a la palabra legitimidad; habrá que

especificar la perspectiva, el criterio de justicia, que inspira la pregunta. Por eso debo corregir mi pregunta aclarando su punto de partida: ¿cuándo una norma de amnistía es democráticamente legítima (legítima desde una concepción democrática del Derecho y del Estado)? Si se prefiere, la pregunta sería: ¿qué y cómo se puede amnistiar en un Estado democrático?; mejor, en cuanto más evocador: ¿qué pena puede olvidar el legislador democrático?

II. LOS LÍMITES DEL LEGISLADOR PENAL DEMOCRÁTICO

3. Una primera aproximación a la respuesta acerca de la legitimación democrática de la amnistía sería bastante radical a favor de su afirmación en todo caso a partir de la constatación del sujeto parlamentario que amnistía. Si el legislador, los representantes del pueblo, puede crear delitos – puede calificar conductas como intolerablemente nocivas – y asignarles penas – simplificando: puede decidir algo tan grave como encerrar a los ciudadanos a través de la prisión -, también podrá el legislador descatalogar conductas como delictivas y eliminar toda punición para las mismas. Si el legislador es soberano para penar, lo será también despenalizar. Y si es soberano para despenalizar, lo será también para algo distinto, pero relacionado y desde cierto punto de vista menos intenso: para perdonar, para amnistiar.

4. Esta manera de ver las cosas es, en su simplicidad, tentadora. Pero, como tantas tentaciones en la vida, parece encerrar alguna trampa.

Una primera trampa radica en que supone una especie de omnipotencia del legislador penal democrático. Y esta omnipotencia es falsa. El legislador penal democrático, si quiere merecer este adjetivo, está sujeto a ciertos límites, a ciertas reglas de juego, por prudentes que éstas sean, que figuran expresa o implícitamente en la Constitución democrática, y que condicionan su propia legitimación. Está sujeto a ciertos presupuestos morales y a ciertas reglas procedimentales de la democracia.

La segunda trampa se refiere a la naturaleza de las normas de amnistía. Un cosa es penalizar; otra, sujeta a menos límites constitucionales, despenalizar; y otra bien distinta – otra muy otra – es amnistiar. Amnistiar no es derogar una norma penal porque carezca ya de sentido – de valor – la punición de la conducta, sino algo bastante más delicado y difícil de justificar desde la perspectiva de aquellos presupuestos morales, y en concreto de los principios de ellos derivados de igualdad y de proporcionalidad. Amnistiar es inaplicar parcialmente una norma vigente; silenciar temporalmente una norma en la que como sociedad seguimos creyendo³²⁸. En un ordenamiento penal democrático lo que hace la amnistía es detener el funcionamiento aplicativo de una norma que existe; y existe, a pesar de su dureza, porque se considera imprescindible para la preservación de la libertad³²⁹.

Es por ello por lo que en la esencia de la amnistía habita la inseguridad y la injusticia. No se trata, por ejemplo, de despenalizar la huelga, que en la dictadura es un delito y en un sistema democrático es nada menos que un derecho fundamental. Se trata, por ejemplo, de no penar un homicidio, o ciertos homicidios, a pesar de que, obvio es decirlo, seguimos creyendo en la norma penal que castiga severamente el homicidio, de que necesitamos tal norma para proteger la vida, de que seguiremos penando otros homicidios.

5. Será útil detenernos, siquiera brevemente, en los límites del legislador penal democrático para penar, porque la comprensión de los mismos puede guiarnos hacia la comprensión de los límites para despenalizar y para amnistiar.

³²⁸ En ocasiones se utiliza la amnistía como forma de derogación de la totalidad o de parte de una norma: en un contexto de ruptura del ordenamiento se consideran no ilícitas conductas que habían sido objeto de pena. Al respecto, AGUADO RENEDO, “Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia”, Madrid (Civitas), 2001, p.120 y s.; REQUEJO PAGÉS, “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 2, 2001, punto 5.

³²⁹ Sobre la naturaleza de la amnistía, v. AGUADO RENEDO, op. cit. en nota 3, pp. 115 y ss.; REQUEJO PAGÉS, op. cit. n. 3, puntos 5 y 7: “en su grado máximo, y haciendo honor a la etimología de la expresión, comporta la inexistencia en Derecho de actos jurídicamente ciertos, una verdadera amnesia del Ordenamiento respecto de conductas ya realizadas y perfectamente calificadas (o calificables) por sus órganos de garantía”.

Tales límites básicos se conforman como principios – y estos como trasunto de los valores básicos del ordenamiento - y, aunque los mismos no siempre se denominan del mismo modo en la reflexión doctrinal, ni se cuantifican de la misma manera, sí puede hablarse de un cierto acuerdo en su contenido final conjunto.

Tal consenso se alcanza a partir de los valores de seguridad, autonomía personal, igualdad y dignidad de la persona que están en la base de un criterio democrático de legitimidad del Derecho. Si la democracia es, en lo formal, un régimen de organización política basado en la decisión mayoritaria y en el respeto a las minorías, y, en lo material, un sistema de respeto a la autonomía de las personas, a la capacidad de elegir y de materializar planes de vida – de respeto a la libertad de cada uno para elegir los caminos que le lleven a lo que entienda como su enriquecimiento, su plenitud, su sosiego -, es porque se erige sobre la idea de la dignidad y la autonomía igual de todos los ciudadanos. Por eso se postula su participación igual en las decisiones colectivas; por eso se impone la adopción de las decisiones mayoritarias; por eso se enfatiza la protección de la información, la expresión y la participación en los asuntos públicos; por eso se proscribía la intromisión pública o privada en los asuntos de cada uno y se promueven las condiciones para que cada uno proceda a su realización personal en el modo en el que quiera concebirla. Junto a los valores básicos de la libertad, la dignidad y la igualdad, figura también el de la seguridad como componente esencial de un criterio democrático de legitimidad del Derecho y del Estado. La seguridad, y como parte esencial de ella, la seguridad jurídica, tienen una íntima relación con los valores de la libertad y de la dignidad³³⁰.

330 Por un lado, porque, como acentúa Rawls, si las leyes son inseguras, nuestra libertad es insegura (“A Theory of Justice”, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press -, 1971, p. 239). Ya señalaba Beccaria que la incertidumbre por conservar la libertad puede convertirla en inútil (en el capítulo I de “De los delitos y las penas”). Por otro lado porque, como podría corroborar cualquier persona que haya sufrido la experiencia de vivir amenazado, una vida insegura difícilmente va a poder ser una vida digna, sometida al autorrecorte permanente de

La vía de penetración de los valores hacia el ordenamiento la constituyen los principios, normas abstractas que vertebran el ordenamiento, y orientan las normas concretas, las integran y coadyuvan a su determinación. Del valor “seguridad jurídica” y del valor de la democracia como decisión popular surge el principio de legalidad. Del valor de la igualdad se deriva el principio de igualdad. La dignidad de la persona inspira el principio de culpabilidad, la proscripción de las penas inhumanas o degradantes, y el mandato de resocialización. Es finalmente el valor general de la libertad, de la autonomía personal, el que informa el principio de proporcionalidad o de intervención penal mínima.

Así, resultará que no podrá pensarse a nadie sin previo aviso de que la pena era una consecuencia jurídica prevista para su comportamiento. Así, resultará también que la cuestión relativa a qué comportamientos deben pensarse y cómo deben pensarse es una cuestión de la organización colectiva tan trascendente que sólo deberán decidirla los representantes directos de los ciudadanos. Así, si la autonomía personal es un valor esencial del sistema y la norma penal consiste precisamente en recortar esa libertad mediante la amenaza y la sanción, resultará que sólo podremos justificar la pena en la medida en la que constituya un instrumento imprescindible para salvaguardar más libertad que la que restringe. Así, la dignidad de la persona exigirá que sólo puedan sancionarse a alguien por lo que ha hecho en el uso normal de su autonomía: sabiendo lo que hacía, queriendo hacerlo, siéndole exigible una conducta inocua alternativa. Por útil que pudiera ser en el corto plazo, no podemos, por ejemplo, encarcelar a las madres de los terroristas como pena para éstos. Ni tampoco podemos castigar más el homicidio cometido por personas de una determinada raza o el homicidio a personas de una determinada raza: la igualdad impedirá diferenciaciones irracionales respecto a quién se protege penalmente y a quién se pena, y en todo caso proscribirá la discriminación en este ámbito por razón de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión o ideología política. Así, sin olvidar que la pena de prisión es en

la propia libertad y al imprevisible acecho de las sombras de un mal.

sí poco acorde con la naturaleza humana, habrá que convenir que la dignidad de la persona exigirá la abolición de la prisión excesivamente prolongada y, por supuesto, de las penas corporales e infamantes y, va de suyo, de la pena de muerte. Así, en fin, es también el valor de la dignidad el que impone moralmente al Estado una estrategia penitenciaria que ofrezca al preso mecanismos que faciliten que su posterior vida en libertad se desarrolle al margen del delito.

6. Desde los límites democráticos para penar hacia la respuesta a los límites democráticos para amnistiar, nos va a resultar útil detenernos, también brevemente, en una parada intermedia: en los límites para despenalizar. Éstos van a ser menos porque lo que en principio más pone en peligro los valores básicos del sistema – la seguridad, la libertad, la dignidad, la igualdad – es la actividad punitiva del Estado – la previsión de duras sanciones, normalmente privativas de libertad, para los infractores de determinadas prohibiciones y mandatos - y no desde luego su pasividad punitiva. De hecho lo que ha preocupado a la reflexión doctrinal en materia de política criminal y a la jurisprudencia constitucional es la limitación del inmenso poder de penar por parte de ese a su vez inmenso sujeto que es el Estado, y sólo muy excepcionalmente el aliento de tal poder. Los debates políticos que suscita la despenalización son los menos, aunque existen y sean a veces enconados: baste aquí recordar el relativo a la despenalización parcial del aborto consentido por la gestante.

7. A) Para despenalizar es obvio que no resultan aplicables ni el principio de culpabilidad ni el de prohibición de penas inhumanas o degradantes. El primero, porque repara en el sujeto a quien se pena y en el tipo de conducta por el que se le pena. Aún con más claridad, el segundo principio se refiere al tipo de pena y no es aplicable a la falta de pena o a la resta de pena: incluso si la despenalización se refiriera a una disminución, por ejemplo, de una pena corporal, el problema no residiría en tal rebaja, sino en su insuficiencia: en el mantenimiento remanente de la pena, en la norma que aún existe y no en la parte que ha dejado de existir.

B) La aplicabilidad del principio de legalidad al proceso despenalizador despierta algunas dudas. Respecto al legislador³³¹, los postulados esenciales del principio consisten en que las normas penales sean precisas, irretroactivas y de autoría legislativa. Y ello, como ya se ha apuntado, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica y de democracia: por lo valioso que es para el ciudadano que las prohibiciones y los mandatos sociales básicos sean cognoscibles, y que el reproche jurídico más grave que pueda recaer sobre él y la posibilidad de terminar en prisión sean previsibles y evitables; y por lo valioso de que tales decisiones acerca de lo penalmente prohibido o mandado no sean decididas por cualquiera, sino sólo por sus representantes directos.

Con este punto de partida cabe afirmar que la despenalización afecta también a la seguridad jurídica, pero de un modo relevantemente menos intenso. Lo hace, en primer lugar, porque la despenalización delimita negativamente la penalización: porque la cognoscibilidad de lo que ya no resulta penado es cognoscibilidad de lo que sigue resultando penado³³². Y lo hace también, en segundo lugar, porque las normas penales no sólo restringen la libertad con prohibiciones y amenazas, sino que lo hacen para prevenir comportamientos nocivos y así proteger bienes jurídicos. Las normas penales son instrumentos de protección de los principales bienes sociales y en tal sentido forma parte de la seguridad jurídica el conocimiento de tal protección, que es previsibilidad de la conducta ajena en la que podemos resultar implicados. Forma parte de la seguridad jurídica el conocimiento de que los otros no pueden lesionarnos, insultarnos o allanar nuestros ficheros informáticos, y que esa prohibición no es

³³¹ Al juez penal el principio de legalidad le exige que se someta a la ley (garantía de tipicidad) y que no la aplique retroactivamente (prohibición de retroactividad desfavorable). Al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional" Pamplona (Aranzadi, Colección Repertorio del Tribunal Constitucional, núm. 23), 2009, pp. 21 y s., 103 y ss.

³³² Pero lo hace con menos intensidad porque desde el valor de la seguridad, que es en este contexto el valor de referencia, es peor no saber que una conducta está penada que no saber que ya no está penada.

una prohibición cualquiera, sino que es la más contundente de las posibles: que es una prohibición penal.

La despenalización, pues, afecta a nuestra seguridad, pero menos que la penalización. Y es importante el quién de aquella decisión, pero menos que el de ésta. Nos importa la pena como mecanismo de protección de nuestros bienes esenciales, pero nos importa mucho más como instrumento de reproche y de privación de libertad.

C) El principio de igualdad rige del mismo modo para las normas penalizadoras que para las normas despenalizadoras, pues una situación se puede desigualar perjudicando o privilegiando, penando o despenalizando. Tan discriminatoria es la norma que sanciona más a los homicidas de una determinada raza que la que atenúa la pena para los homicidas de las demás razas³³³.

8. Pero la gran duda, el mayor foco de discusión doctrinal en este ámbito, es el de si es aplicable el principio de proporcionalidad a la despenalización. Si cabe entender que una norma penal es desproporcionada no porque se pase en la represión, porque castigue demasiado, sino porque se quede corta: porque no proteja un determinado bien, o no lo proteja suficientemente. Por huir por ahora del ejemplo canónico del delito de aborto: ¿podríamos decir que es desproporcionada la norma que castiga las agresiones sexuales si su pena fuera muy leve?

³³³ Podrá objetarse que he afirmado otra cosa en relación al principio de legalidad: que he afirmado que la menor cognoscibilidad de las normas despenalizadoras afecta menos al principio, a pesar de la vinculación entre el conocimiento de penado y el de lo ya no penado. Creo, sin embargo, que el daño a la igualdad es un daño con una base objetiva – de daño a la dignidad a partir de la comparación - que se resquebraja de igual modo penalizando que despenalizando. No sucede lo mismo con la seguridad, por la mayor incidencia de su aspecto subjetivo en la apreciación de su vulneración: es peor el desconocimiento de la pena (el sujeto penado no contaba con la posibilidad de la misma) que el de la no pena (el sujeto no penado contaba con la posibilidad de la pena).

Desde la perspectiva de la norma penal como norma sancionadora la respuesta ha de ser negativa. No existe desde tal perspectiva un principio de proporcionalidad inverso. Y esta es la perspectiva que da origen al principio, que se concibe y se estructura como un freno a la voracidad punitiva del Estado, pero no como un acicate a su inapetencia. De hecho, en atención a esta perspectiva originaria y prioritaria, tiende a hablarse de la proporcionalidad “de la pena” como evaluación, no del balance global de beneficios y costes de la norma penal, sino: a) de si la pena como mal supone un coste inferior al beneficio que instrumenta de protección de un bien jurídico, y b) de si este juicio positivo no es alcanzable con una pena inferior en cantidad o calidad (de menor intensidad coactiva)³³⁴.

El enfoque es distinto si se analiza la norma penal como norma protectora: si ponemos el punto de mira en el bien dejado de proteger, o menos protegido, máxime cuando ese bien sea un bien constitucional, y máxime aún cuando éste sea un derecho fundamental. Tal desprotección es un coste normativo o una disminución del beneficio normativo que puede arrastrar a la norma un déficit valorativo: a su desproporción en este sentido. Y tal desprotección muestra la solución normativa posible – la consecución de una norma eficiente – no es sólo la de la disminución de la pena, sino que cabe la del aumento de sus logros positivos, siquiera sea con el aumento de pena. Naturalmente esta estrategia sólo funcionará en los casos, excepcionales, en los que el aumento de pena depare una prevención mayor al coste de tal aumento: por ejemplo, en una norma de beneficio 3 (pobre prevención) y coste 5 (a pesar de una pena seria),

³³⁴ En realidad debe computarse como coste valorativo de la norma penal no sólo el que supone la pena, sino también los constituidos por la prohibición y la administración policial, judicial y penitenciaria de la norma. Esta globalidad del juicio de proporcionalidad no elimina el postulado garantista de que la pena debe ser proporcionada la gravedad del hecho, puesto que deja igual el platillo de la balanza de los beneficios de la norma y añade peso al platillo de los costes (no sólo la pena, sino también sus costes de aplicación y las restricciones de las prohibiciones y los mandatos penales). Con ello, para el equilibrio que requiere la proporcionalidad, el peso de la pena deberá ser inferior al que tendría sin tener en cuenta esos factores. En detalle, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La proporcionalidad de la norma penal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 167 y s.; 174 y s.

el aumento de pena supone un balance beneficio/coste cuantificable como 7/6 (prevención razonable/pena más severa).

Diferente es el supuesto en el que el balance no es negativo, y la pregunta es si la norma es desproporcionada porque un aumento de pena pueda deparar un balance mejor: por ejemplo, si la norma con un beneficio/coste que cuantificamos en 6/4 podría pasar con un aumento de pena a un balance 9/5. Y aquí procede ser cuidadosos con el lenguaje: la pregunta principal es cuánto de proporcionada es una norma y si lo puede ser más; la pregunta acerca “de si es o no proporcionada” nos remite en realidad a un juicio de constitucionalidad, a si es intolerablemente desproporcionada.

Con la penalización *ex novo* se parte de un balance de protección penal no negativo: la falta de pena no tiene costes (no hay prohibición; no hay castigo) y no despliega ningún efecto preventivo de protección del bien cuya protección penal se reclama, y lo que se plantea es penar porque ese coste suponga una protección que lo haga valorativamente rentable. De nuevo con la metáfora numérica, se trata de pasar de un balance penal beneficio/coste 0/0 a otro, por ejemplo, 3/1. En realidad se trata de un panorama normativo general que se considera que va a quedar mejorado con la introducción de una nueva norma penal, con su coste propio pero con su beneficio de protección-

El análisis es el mismo cuando lo que se plantea es una despenalización total – eliminación, y no simple disminución, de pena para un tipo de conducta -. Se trata de ver si la medida despenalizadora es proporcionada en el sentido de que el ordenamiento sea axiológicamente mejor sin la norma penal eliminada: si esta norma era negativa y si la mejor opción a la misma no era la transformación de su pena, sino su supresión.

9. El análisis de desproporción por insuficiencia de pena es un análisis que llama a la penalización y que se encuentra con dos obstáculos.

El primero radica en que se opone a la perspectiva prioritaria y primigenia de proporcionalidad que es la proporcionalidad de la pena. Desde esta

perspectiva de control de la pena hacia arriba resulta incongruente afirmar que una norma resulta desproporcionada porque no pena o porque no pena lo suficiente. El obstáculo radica en realidad en asumir una dimensión distinta del principio de proporcionalidad: no sólo se dedica a controlar los excesos de la pena sino más globalmente los excesos de la norma penal.

El segundo obstáculo consiste en que en los casos no de pobre penalización sino de ausencia total de pena para una determinada conducta lo que se enjuicia como desproporcionado no es la norma sino su ausencia – que no obstante puede venir instrumentada por una norma de despenalización -. Se evalúa el sistema normativo: si con una adición penal y su coste propio proveería de un beneficio de protección inexistente y superior a tal coste. Se trata de un análisis de proporcionalidad que no se detiene en lo que aporta una norma y en lo que cuesta, sino que toma comparativamente en cuenta lo que no se pena y lo que no se protege. Pero tampoco esto es tan extraño: en todo análisis de proporcionalidad de una norma penal existe también el análisis de necesidad o subsidiariedad y con él la comparación de la norma con otras normas hipotéticas e incluso con el sistema sin la norma comparada.

A estos obstáculos se enfrentan los tribunales constitucionales cuando se recurren como intolerablemente desproporcionadas normas de despenalización, con el nada desdeñable añadido de la posible consecuencia de su posible declaración de inconstitucionalidad de la despenalización, que no parece sin más la de expulsar una norma del ordenamiento sino, de fondo, en obligar al legislador a actuar. Por cierto, que esto sólo podría hacerlo cuando el legislador desprotege porque despenaliza pero no, por inimpugnabilidad de la mera pasividad, cuando desprotege sin más porque no penaliza.

10. Confío en que las reflexiones anteriores puedan tener alguna utilidad analítica. Me parece importante distinguir entre el análisis de proporcionalidad como juicio principal de legitimación de una norma (de más o menos) y dicho análisis como análisis de mínimos y de constitucionalidad (de sí o no). Y también me parece interesante aclarar, hablando de anclajes constitucionales, que

cuando se habla de desproporción de la pena el daño constitucional lo es al bien excesivamente dañado por la pena (por ejemplo, la libertad ambulatoria si es una pena de prisión)³³⁵; y que cuando se trata de la desproporción por falta de protección el daño constitucional lo es al bien no protegido o defectuosamente protegido por la pena (por ejemplo, la vida del *nasciturus*). Finalmente deseo subrayar el dato de que los tribunales constitucionales sólo pueden analizar desproporciones de protección cuando vienen instrumentadas por normas de despenalización, lo que abre la interesante cuestión de si en realidad no pueden hacerlo nunca porque no esté entre sus competencias el control de la pasividad legislativa.

Sea como fuere - sea para el análisis de constitucionalidad de la despenalización, si es posible, sea para el análisis genérico de legitimidad de la actividad legislativa -, la siguiente cuestión es la relativa al daño de la desprotección: a la relación existente entre la inactividad penal del Estado y el bien que se deja de proteger penalmente. En concreto: ¿lesiona el Estado un bien por no protegerlo?

³³⁵ V. SSTC 55/1996, f. j. 3; 161/1997, f. j. 8; 136/1999, f. j. 22

III. LOS LÍMITES DEMOCRÁTICOS A LA AMNISTÍA

A) LA DIFÍCIL LEGITIMACIÓN DE LA AMNISTÍA

11. Dejo esta pregunta en *stand by* y aterrizo ya, mediado el artículo, en su objeto principal, que son las normas de amnistía y, en concreto, sus límites. Vistos los propios del legislador democrático para penalizar y para despenalizar, corresponde analizar ya, con los mimbres que haya podido aportar tal reflexión, cuáles son sus condicionantes para amnistiar. O lo que es lo mismo, pero visto a la inversa, qué requisitos debe reunir una norma de amnistía para resultar democráticamente legítima.

Y adelanto la siguiente hipótesis. La norma de amnistía ha de ser una ley, ha de ser igualitaria y ha de ser proporcionada³³⁶. Y no va a ser proporcionada si lo que se olvidan, lo que se amnistía radicalmente, son determinados delitos que, como por ejemplo la tortura, reúnen dos características: su extrema gravedad y una peculiar posición de garantía del Estado respecto a los bienes que dañan.

³³⁶ Esta posición coincide en esencia con la de PÉREZ DEL VALLE, que establece como requisito “que la amnistía ha de ser acordada por una ley, así como las exigencias de generalidad – derivada del propio contenido esencial de la ley – y de exclusión de tratamiento desigual”. Posteriormente añadirá que “la amnistía está vinculada a exigencias concretas de distribución; es decir, a la concreción de la Justicia desde una perspectiva de proporcionalidad” (“Amnistía, Constitución y justicia material”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 61, 2001, p. 195, 205). En un ámbito diferente, pero relacionado, el de las políticas promocionales a través de la renuncia de la pena, POZUELO PÉREZ señala como límites los principios constitucionales de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad, y alerta al respecto sobre las “renuncias desorbitadas de la sanción penal”, que hacen que esta pierda “su fin y función primordiales como respuesta a la realización de un injusto culpable” (“El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva”, Valencia, Tirant, 2003, pp. 432 y s.).

El Tribunal Constitucional alemán sitúa la legitimidad de la amnistía en un triple requisito: “la existencia de un motivo legítimo y el respeto a los principio de generalidad e igualdad” (TAMARIT SUMALLA, “Amnistía y transición”, en AA. VV., coord. Cuerda Arnau, “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal”, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1.809).

12. Las normas de amnistía son peculiarmente refractarias a su justificación en una democracia. Tan es así que, en Estados como el español en los que la amnistía no está contemplada en la Constitución, se ha llegado a discutir su inconstitucionalidad en todo caso por intromisión del poder legislativo en aquello que es propio del poder judicial: que es la jurisdicción, la aplicación de las leyes³³⁷.

Las dificultades de legitimación provienen de su propia naturaleza, en la que deseo insistir. Lo propio de la norma de amnistía es que decide olvidar, inaplicar, una norma que está vigente: que estaba vigente en el momento del delito que se amnistía y que seguirá vigente tras el periodo de amnistía. Y lo propio también de la amnistía es que la norma traicionada no es cualquier norma, sino una norma penal, que constituye la protección más contundente de los bienes fundamentales del individuo y de la sociedad.

La inaplicación de una norma penal vigente despierta severos recelos desde la perspectiva de los valores fundamentales del sistema. Está en primer lugar el que surten la seguridad jurídica y la tutela judicial, básicas en el Estado como Estado de Derecho, que no es otra cosa que un Estado que se rige por leyes que los jueces están obligados a aplicar. Se trata del derecho al Derecho³³⁸. Y está luego el reproche de igualdad, porque el sujeto penado antes o después del periodo amnistiado por la norma inaplicada por la amnistía, o el sujeto penado porque su mismo delito no reunía el rasgo material que la amnistía exigía – por ejemplo, intencionalidad política -, podrá quejarse con buenas razones de que él

³³⁷ Así, ARAGÓN REYES en su prólogo a AGUADO RENEDO, “Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia” (Madrid, Civitas, 2001, pp. 17 y s.): “me parece que la división de poderes que nuestra Constitución establece, atribuyendo en exclusiva a los jueces y tribunales el poder jurisdiccional, con lo que se crea, en definitiva, una reserva de jurisdicción, sólo puede ser excepcionada si la propia Constitución ha previsto esa excepción expresamente. Es lo que ocurre con el indulto, que no podría existir, en mi opinión, si la Constitución no lo hubiera previsto” (p. 18).

La Constitución griega prohíbe expresamente la amnistía salvo para los delitos políticos (art. 47).

³³⁸ V. AGUADO RENEDO, op. cit. n. 3, p. 51.

está con sus huesos en la cárcel por un hecho igual en su grado esencial de injusto al cometido un día antes por su amigo amnistiado, que pasea feliz por la calle, o al cometido incluso el mismo día y subsumible en el mismo tipo penal - pero realizado, por ejemplo, sin intencionalidad política -. Y queda, en fin, la cuestión de la proporcionalidad entendida en un sentido amplio de coste de la norma en relación con su beneficio: si la pena está para prevenir delitos y sólo es democráticamente legítima si es imprescindible a tal fin, y si la pena no se aplica, tal inaplicación *ex* amnistía podrá suponer un déficit de prevención que, si no inerte, deje mal pertrechada a la sociedad en la protección del bien atacado por el delito amnistiado. Podrá suceder entonces que el beneficio social de la amnistía quede anegado por su coste para la indemnidad del bien protegido por los delitos amnistiados. Es este bien el que sufre con la amnistía y el que, dependiendo de su entidad y del alcance de su desprotección, pueda constituir un límite al legislador democrático.

13. Son varios y serios, pues, los costes de la amnistía. Y sin embargo, se amnistía. Y lo hacen Estados democráticos. Y lo hacen con éxito, en el sentido de procurar, a pesar de todo, una sociedad mejor: más unida, o en mejores condiciones de afrontar una etapa democrática, o con superación de algún problema específico que la horadaba, como, por ejemplo, la superpoblación penitenciaria³³⁹. La experiencia histórica nos revela con nitidez que, en ocasiones, con todos sus costes en términos de valores democráticos, con toda su carga de inseguridad, desigualdad, injusticia y desprotección, la amnistía, valga la expresión, merece la pena. Merece democráticamente la pena. Y eso es algo que debe decidir el legislador democrático. Dentro de ciertos límites.

³³⁹ Me refiero con esto último a la opción de algunos Estados de amnistiar los delitos más leves para descongestionar los centros penitenciarios y posibilitar unas mejores condiciones de vida para los presos. Este tipo de amnistía penitenciaria se produjo a finales de los noventa en Rusia y en Turquía. V. Aguado Renedo, *op. cit.* n. 3, pp. 30 y s.

B) LA LEGALIDAD Y LA IGUALDAD COMO LÍMITES

14. El primer límite, la primera condición de justificación de la amnistía, consiste en que la norma que la dispone sea una ley: una norma emanada del parlamento democrático. Que sea el pueblo el que amnistíe, porque es su ley la que se inaplica y porque sólo puede perdonar el ofendido. Y en todo delito el ofendido primigenio es la sociedad que ve quebrado en lo esencial su modo de convivencia³⁴⁰.

15. El segundo límite es el límite de la igualdad, que lo que acaba exigiendo es que sea razonable la delimitación de los delitos amnistiados, sea por razones temporales, sea por razones materiales. Y razonable aquí equivale a funcional para el legítimo fin perseguido³⁴¹.

³⁴⁰ En relación con la amnistía dictada en Chile en el año 1978, subraya el Informe 34/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la llamada “ley de amnistía” encauzada por el Decreto Ley 2191 fue dictada por “autoridades que carecen de todo título o derecho, pues no fueron elegidas ni designadas de manera alguna, sino que se instalaron en el poder por la fuerza, después de deponer al gobierno legal, en violación de la Constitución. [...] [L]os beneficiados con la amnistía no fueron terceros ajenos, sino los mismos partícipes de los planes gubernamentales del régimen militar” (puntos 25 y 28).

La vigente Constitución chilena expresa que la amnistía es materia de ley con mayoría cualificada - e incluso muy cualificada si afecta a delitos de terrorismo (art. 60.16).

³⁴¹ V. al respecto STC 58/2009, ff. jj. 5 y 9. La amnistía española del año 1977 se refería a todos los delitos previos a la transición democrática, incluidos los de los agentes de orden público, que tengan “intencionalidad política”; amnistía esos mismos delitos durante la transición si tal intencionalidad es el restablecimiento de la democracia; y limita la amnistía posterior a las primeras elecciones generales a los delitos que no sean graves (art. 1.1 Ley 46/1977). Mucho menos razonable es desde luego el ámbito de la amnistía chilena, que comprendía los delitos no investigados, pero no también los mismos delitos objeto ya de proceso o de condena; que excluía de la amnistía ciertos delitos graves – por ejemplo, el parricidio -y otros no – por ejemplo, el asesinato - y que perdonaba a todos los penados por tribunales militares.

C) LA PROPORCIONALIDAD COMO CLAVE DEL CONTROL MATERIAL DE LA AMNISTÍA

16. Pero donde está el meollo principal de la discusión acerca de la legitimidad de las leyes de amnistía es en el límite material de la proporcionalidad entendido en su sentido más amplio: radica en la soportabilidad de su coste para el bien cuya protección penal se debilita a través de la inaplicación que supone la amnistía. Se trata en realidad de advenir que este precio no sea excesivo por alguna de las cuatro razones por las que vela el principio de proporcionalidad: porque el beneficio no merezca la pena, en el sentido de que no sea legítimo (fin legítimo de la amnistía); porque tal beneficio no sea alcanzable mediante la amnistía (funcionalidad de la amnistía); porque tal beneficio sea conseguible una medida alternativa a la amnistía que sea menos gravosa (necesidad de la amnistía); o porque el precio de la amnistía sea excesivo en relación con su beneficio (proporcionalidad estricta de la amnistía)³⁴².

En relación con este análisis merece la pena introducir algunas acotaciones. Es la primera la de la prudencia de su control, sólo realizable por los tribunales constitucionales, en la que inciden varios factores: se trata de un juicio de intolerabilidad, no de proporcionalidad óptima; se trata de un juicio altamente difuso en sus parámetros; se trata de un juicio frente al legislador, que es la institución que tiene la legitimidad específica para llevar a cabo tal tipo de ponderaciones normativas; se trata de un juicio, no sobre el exceso de pena, sino sobre su ausencia para determinados supuestos.

El segundo matiz es el que centra el sentido del juicio en el cuarto análisis. Difícilmente la finalidad de la amnistía podrá reputarse ilegítima³⁴³ o la amnistía

³⁴² Para este tipo de análisis de proporcionalidad de la amnistía, v. K. Ambos, "El marco jurídico de la justicia de transición", en AA.VV. (ed. K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner) "Justicia de transición", Berlín (Konrad Adenauer Stiftung), 2009, pp. 57.

³⁴³ Pérez del Valle señala como motivos legítimos el "punto final de una situación pasada", la "no aplicación de normas obsoletas" y el "restablecimiento de la paz jurídica" (op. cit. n. 11, p. 196).

no funcional o innecesaria a tal fin. La clave del juicio residirá en su carácter ventajoso: en si es claramente constatable un coste superior a su beneficio.

El tercer *caveat* tiene por contenido el que el juicio de proporcionalidad es sólo uno de los dos límites en la restricción normativa de derechos fundamentales. El otro, íntimamente relacionado con la proporcionalidad porque obedece a un juicio previo de proporcionalidad, es el de la intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. Luego habrá ocasión de referirse al mismo.

A) EL COSTE DE LA AMNISTÍA

17. Para analizar el coste axiológico de las leyes de amnistía resulta necesaria una reflexión acerca de su relación con el bien protegido por las normas penales inaplicadas, retomando así la pregunta formulada al finalizar el epígrafe II (punto 10) acerca de si el Estado lesiona un bien por no protegerlo. ¿Qué es lo que hace – qué lesiona - un Estado que decide amnistiar un delito muy grave – por ejemplo, el homicidio o la tortura-? ¿Le atribuimos la lesión del bien lesionado por el delito y, en consecuencia, si tal bien es un derecho fundamental, la vulneración de tal derecho – en el ejemplo, la vida o la proscripción de la tortura -? ¿O bajamos el diapasón y lo consideramos “sólo” un mal Estado en el sentido de mal tutelador de la vida y de la integridad física?

18. Debe diferenciarse en general entre la lesión de un bien o un derecho por parte del Estado, activa u omisiva; la no evitación de su lesión; y su falta de protección, la insuficiente prevención de las conductas lesivas del mismo.

A) El Estado lesiona la vida si ordena que sus agentes priven de la vida a un ciudadano. Y también, creo, si sólo lo permite - normativamente o por vía de hecho -. Esto me parece indiscutible si tal privación consentida la ejecutan sus agentes, sea porque ya son el Estado, sea porque el mismo está respecto de tales hechos en una posición de garantía. Discutido es que tal posición exista

respecto a los delitos de los particulares y que pueda imputarse el resultado de muerte, por ejemplo, al agente de policía de servicio y armado que contempla impasible como un sujeto mata a otro³⁴⁴.

B) La segunda distinción penalmente relevante es la que separa la lesión del bien o derecho fundamental, activa u omisiva – en este caso debe mediar, entre otros requisitos, una posición de garantía -, y el mero no impedimento de la lesión. Recuérdese que para el Derecho Penal una cosa es matar – una cosa muy grave – y otra muy distinta y mucho más leve es no impedir que alguien muera sin que el omitente sea garante. A esta omisión no se le atribuye el resultado y constituye en el Derecho español un delito leve, de omisión de socorro o de impedir delitos, que, además, sólo se comete si el sujeto pudo evitar el mal ajeno sin riesgo propio³⁴⁵.

C) Más lejos del resultado está el Estado, no que no impide a través de sus agentes una lesión de un bien jurídico por medio de la interrupción inmediata y eficaz de un curso de riesgo que se concreta en el resultado, sino que con su política penal no previene eficazmente la comisión de atentados contra tal bien jurídico. A mi juicio, este Estado que no protege la vida, o la integridad física, o el patrimonio, es un mal Estado, un Estado incumplidor de sus funciones – de las funciones que le asigna la Constitución - y, en su caso, de sus compromisos internacionales, pero no es tanto como un Estado vulnerador de la vida, de la integridad física o del patrimonio. Sin lugar ahora a profundizar en ello me parece fructífero diferenciar, para aquilatar, entre la lesión de la vida por parte del Estado

³⁴⁴ V. al respecto LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía”, Madrid (Civitas), 2002, p. 133 y ss. En relación con esta cuestión, recientemente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2, 2009, pp. 127 y ss.

³⁴⁵ Arts. 195 y 450.1 del Código Penal español, respectivamente.

y la infracción de su obligación constitucional – derivada también de la proclamación del derecho a la vida – de protección de la vida³⁴⁶.

19. El significado de la falta de tutela judicial o normativa por parte del Estado es distinto respecto a determinadas agresiones a determinados bienes, caracterizadas por su extraordinaria gravedad y por la dificultad de su detección, a la que no es ajena el que se originen en el propio aparato estatal. Esto es lo que sucede con la pasividad judicial en la persecución de los delitos de tortura, de la que se afirma que constituye ya una vulneración del derecho a no padecerla – en España, una infracción del art. 15 de la Constitución -, o, cuando menos, en un escalón de gravedad más bajo aunque cercano, un grave atentado al derecho a la tutela judicial.

En efecto, como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional español 34/2008, “la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la Ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho”. Además de esta gravedad, es característica de la tortura su “difícil detectabilidad y perseguibilidad”, pues a “su natural comisión en una situación de clandestinidad se une el hecho de que, al menos en su configuración histórica, en su realización más habitual y en la definición que procuran el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el art. 174 del Código Penal, la tortura y los tratos inhumanos y

³⁴⁶ En relación con la vida del nasciturus, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales” (STC 53/1985, FJ 7). El Tribunal Constitucional alemán entendió también que la obligación del Estado de protección de la vida en desarrollo no sólo prohíbe las injerencias estatales, sino que supone una posición promotora y protectora de tal tipo de vida. Corresponde al legislador determinar las medidas de protección eficaces y adecuadas; cuando esta protección que la Constitución ordena no pueda ser alcanzada de otro modo, el legislador puede quedar obligado a recurrir a normas penales (BVerfGE 39, 1; también en la BVerfGE 88, 203).

degradantes son conductas que se realizan en el seno del poder público y que cuentan por ello con los resortes del mismo para potenciar esa opacidad” (f. j. 5)³⁴⁷

Estas características de la tortura han provocado que la reflexión jurídica haya conformado su prohibición y su persecución con rasgos peculiares conducentes a su efectividad. Y así, no sólo sucede que “su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (SSTC 91/2000, F. 8; 32/2003, F. 7; 181/2004, F. 13; y SSTEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, § 88; de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, § 95; de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 28; de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 32; de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, § 120)”, sino que se configure “en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales” (STC 34/2008, f. j. 5). Además, la experiencia histórica y la reflexión en torno a los factores reseñados “confirman que la persecución y la sanción de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, y el efecto de prevención futura de su vulneración que de los mismos resulta, sólo son posibles con una actuación judicial especialmente intensa y perseverante de investigación de sus denuncias. Así lo afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para quien «sin una investigación oficial efectiva... la prohibición general de tortura y de trato y castigo inhumano y degradante, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz en la práctica y en algunos casos los agentes del Estado podrían abusar de los

³⁴⁷ “A las dificultades probatorias de este hecho para la persona que denuncia haber sido objeto de torturas o de tratos inhumanos o degradantes ha de sumarse la existencia de técnicas de aflicción de sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo del maltratado, así como la peculiar situación psicológica de inferioridad, humillación y desesperanza que dificulta una denuncia de su parte” (f. j. 5).

derechos de aquellos bajo su control con total impunidad» (STEDH de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32; también, SSTEDH de 28 octubre 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria*, § 102; de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 38). La misma preocupación revela la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (arts. 2.1, 12 y 13)” (STC 34/2008, f. j. 5).

Se quiere con ello decir que la prevención eficaz de la tortura exige no sólo la sanción penal al torturador sino una estrategia de persecución e indagación especialmente activa por parte del Estado y, singularmente, de sus órganos judiciales competentes. Y que para atender plenamente a esta necesidad se procede a integrar esta dimensión externa del derecho a no padecer tortura – la dimensión de la tutela judicial del derecho - en el derecho sustantivo mismo, de modo que también el juez inactivo vulnere el derecho e infrinja el precepto constitucional que lo proclama (art. 15 en la Constitución española)³⁴⁸.

Esta estrategia jurídica no deja de tener algunas debilidades, al difuminar la diferencia entre la lesión del derecho y su falta de amparo judicial. De hecho el Tribunal Constitucional español considera esta falta de tutela como una lesión muy grave del derecho a la tutela judicial efectiva, pero no como una vulneración del derecho a no padecer tortura (por todas, STC 34/2008)³⁴⁹. La virtualidad de esta construcción jurídica que asimila la falta de tutela judicial a la lesión, y que está en su propio origen, es la de proveer de algo tan difícil y escaso como es

³⁴⁸ En este sentido, MEDINA QUIROGA, “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”, San José de Costa Rica (Universidad de Chile), 2005, 109 y ss.

³⁴⁹ Sobre la discusión al respecto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v. *infra* nota 40. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el incumplimiento de la obligación de investigar profunda y eficazmente las denuncias por tortura constituye de por sí una vulneración del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Nadie podrá ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes”) (SSTEDH 11.07.00, *Dikme c. Turquía*; 10.10.00, *Satik c. Turquía*), si bien puede quedar subsumida en la vulneración del derecho al recurso efectivo (STEDH 03.06.04, *Bati y otros c. Turquía*).

una eficaz prevención de la tortura. Abre además la puerta, como veremos, a la integración en el derecho de la prevención normativa, cuya ausencia, por cierto, no podría acogerse a otro derecho, como sí hace la falta de prevención judicial en el derecho a la tutela judicial efectiva.

20. La conclusión anterior, relativa a la integración de la tutela judicial del derecho a no padecer tortura en el derecho mismo a no padecer tortura, debe ampliarse en dos direcciones: hacia otros delitos que posean los rasgos de la tortura que ocasionan la intensificación de su persecución, y hacia otros modos de tutela estatal y, significativamente, hacia la tutela penal.

Respecto a lo primero no hará falta argumentar mucho acerca de la gravedad suma y de la dificultad de persecución y sanción de los otros tres jinetes del Apocalipsis cuando los jinetes son agentes formales o informales del Estado: de las desapariciones forzadas, de las ejecuciones sumarias o arbitrarias, de las ejecuciones extralegales. Constituyen también atentados radicales contra la dignidad humana difícilmente prevenibles, al tratarse de comportamientos que se realizan en el seno del poder público y que cuentan con los resortes del mismo para garantizar su opacidad³⁵⁰.

La segunda ampliación se discute en la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵¹. Esta ampliación supondría que la falta de sanción eficaz de los

³⁵⁰ Subraya las especiales necesidades preventivas que suscitan estos delitos el voto del Juez Cançado Trindade a la SCIDH Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26.09.06 (p. 26).

³⁵¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones” del derecho a la vida y, en particular, “el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Los Estados “deben tomar las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad” (Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras, SCIDH 07.06.03, pár. 110). No es unánime su doctrina, en cambio, en relación a la identificación del derecho violado cuando el Estado no investiga, procesa o sanciona el derecho a la vida. En el caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, SCIDH 29.07.88, se llega a la conclusión de que es el propio derecho sustantivo (Pár. 194.4). En el caso

derechos referidos no debe catalogarse sólo como una debilidad del Estado como Estado de Derecho sino como un modo de vulneración del derecho que el delito vulnera. Así, el Estado que no pena la tortura – o la desaparición forzada, o las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias -, o que la pena de un modo claramente insuficiente, o que no se toma en serio la persecución de la tortura, o que indulta al condenado por tortura, o que amnistía al torturador, no sólo sería un mal Estado, incumplidor además de sus obligaciones constitucionales e internacionales: sería un Estado que vulnera el derecho a no padecer tortura. Sería, en tal sentido y con los matices que sea menester, por duro que suene, un Estado torturador.

Con ello llegamos a la siguiente meta volante en nuestra reflexión sobre la legitimidad de la amnistía. El coste de la amnistía, de la inaplicación de una norma penal, es, en general, la correspondiente falta de protección del bien dañado por el delito amnistiado. En tal sentido es la puesta en peligro, más o menos grave dependiendo de la circunstancias y del alcance de la amnistía, de tal bien. Respecto a determinados delitos como la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones sumarias o arbitrarias y las ejecuciones extralegales, cabe entender que el coste de la amnistía es mayor y debe medirse en términos de la vulneración de los bienes y derechos afectados por los delitos amnistiados³⁵².

Blake vs. Guatemala, SCIDH 24.01.98, se atribuye la vulneración al derecho al debido proceso, cuyos titulares eran los familiares de la víctima del derecho a la vida.

³⁵² El Informe 34/96 ComIDH señala que se trata de delitos “de tal gravedad que han justificado la adopción, en varios instrumentos internacionales, de medidas específicas para evitar su impunidad, incluyendo la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad de los delitos” (p. 47). Y así, por ejemplo, la “necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común” (p. 48).

B) LA PROPORCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA

21. La amnistía tiene siempre, pues, un precio alto. Y en ocasiones altísimo. Pero persigue habitualmente también logros muy importantes para la sociedad. Y en ocasiones esenciales³⁵³. Desde esta perspectiva, como es mucho lo que el Estado se juega - por ejemplo, la reconciliación nacional para afrontar un período democrático -, es mucho lo que puede pagar. Pero mucho no es “todo”. ¿Qué es “todo” a estos efectos? ¿Existe un límite material para la amnistía?

Normalmente será difícil impugnar la legitimidad democrática de una amnistía por razones materiales. Salvada su legalidad y su igualitarismo – la racionalidad de la selección de los delitos amnistiados –, la alegación legislativa de que la amnistía persigue fines de reconciliación y pacificación social hará difícil su impugnación, máxime si se tiene en cuenta lo señalado anteriormente relativo a que la misma sólo parece procedente, a la vista de la autoría legislativa de la ponderación y de la vaguedad de los instrumentos de la misma, si deviene evidente el desfase entre lo sacrificado y lo obtenido con la ley de amnistía. Esto será así incluso si los delitos amnistiados son graves, si grave es la situación que el perdón trata de precaver.

22. La última y principal pregunta es la del alcance de tal gravedad de los delitos amnistiados. ¿Puede alcanzar incluso a los reseñados gravísimos delitos cometidos desde el Estado y al amparo del Estado?; ¿puede merecer la pena tal amnistía?; ¿cabe pagar ese coste? ¿Puede el legislador democrático proceder a ella, por ejemplo, para facilitar el tránsito de una dictadura hacia un régimen democrático? ¿Pueden perdonar estos delitos gravísimos España, o la República Sudafricana, o Chile? Esta pregunta la vivió dramáticamente como gobernante Raúl Alfonsín: “¿Las sociedades están obligadas siempre a castigar

³⁵³ Muy gráficamente la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona ha afirmado que “aquellos que argumentan que la paz no puede ser aceptada como moneda de cambio de la justicia deben estar dispuestos a justificar la prolongación del conflicto armado” (v. en TAMARIT SUMALLA, “Amnistía...”, cit. n. 11, p. 1.821).

aunque de esa manera fracase el establecimiento de la democracia? Esta es la pregunta de un debate que alcanza al mundo entero”³⁵⁴.

Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han negado justificación a un alcance tal de la amnistía. Naciones Unidas *“mantiene sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves de derecho internacional humanitario”*³⁵⁵. Siquiera con la rendija que abre el adverbio “generalmente”, en tal sentido se pronunciaba su Comité de Derechos Humanos en su informe de 1999 sobre el caso de Chile, reiterando *“la opinión expresada en su Observación General 20 de que las leyes de amnistía respecto de las violaciones de derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro”*³⁵⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, *“considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las*

³⁵⁴ Prólogo a Alfredo Vítolo, “Emergencias constitucionales. II. Amnistía”, Buenos Aires - Madrid (Ciudad Argentina), 2005, p. 22.

³⁵⁵ ONU, Informe de Secretario General para el establecimiento del Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915, de 4 de octubre de 2000, párr. 22.

³⁵⁶ CCPR/C/79/Add.104, punto 7. También en su Observación General 31: “cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías y anteriores inmunidades”. En sus Observaciones Finales sobre Perú (CCPR/CO/70/PER), de 15 de noviembre de 2000, se recomienda “la revisión y revocación de las Leyes de amnistía de 1995 que contribuyen a crear una atmósfera de impunidad” (p. 10). Similar fue su posición para el caso de Argentina: CCPR/C/79/Add. 46, párr. 144. El INFORME JOINET (Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre “La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos”, en el marco de Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías), sin embargo, parece admitir la amnistía para los autores de violaciones de derechos humanos si se dan ciertas condiciones El Informe es de 2 de octubre de 1997 y puede consultarse en http://ddooss.org/informes/Joinet_impunidad.pdf.

violaciones graves de derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"³⁵⁷.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional admite, en cambio, que el Fiscal no inicie una investigación sobre un crimen competencia de la Corte "si existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia" (art. 53.1.c)³⁵⁸.

23. Considero que la difícil respuesta a la legitimidad de la amnistía de los delitos referidos – gravísimos delitos cometidos desde el Estado - no puede

³⁵⁷ SCIDH Barrios Altos vs. Perú, SCIDH 14.03.01, pág. 41. También, SSCIDH Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26.09.06, pág. 112; Bulacio vs. Argentina, SCIDH 18.09.03, pág. 117. Sobre esta jurisprudencia, que califica de "rígida", v. Dondé Matute, "El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA. VV. "Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal internacional", Berlín (Konrad Adenauer Stiftung), 2010, pp. 263 y ss.

La Comisión había avanzado ya esta solución: Casos 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374, 10375 (Uruguay), resolución 29/92, de 2 de octubre; y casos 10147, 10181, 10240, 10262, 10309 y 10311 (Argentina), resolución 28/92, de 2 de octubre.

La Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 10 de diciembre de 1998, caso IT-95-17/1 T, Prosecutor v. Furundzija, señala que el "hecho de que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de derecho internacional [...] sirve para deslegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería un contrasentido sostener, por un lado, que a causa del valor de ius cogens de la prohibición contra la tortura, las reglas convencionales o consuetudinarias que prevean la tortura serían nulas e inválidas ab initio, y, por el otro, que un Estado podría no tenerla en cuenta, por ejemplo, tomando medidas nacionales que autoricen o aprueben la tortura o absuelvan a sus autores a través de una ley de amnistía" (pág. 155). La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2004, Abdülşamet Yaman c. Turquía, señala que respecto a los crímenes de tortura o maltrato y, en concreto, respecto a la obligación estatal de un "efectivo remedio", no es permisible la amnistía (pág. 55).

³⁵⁸ Al respecto, y en relación al papel que para la renuncia pueden jugar las Comisiones de la Verdad, Tamarit Sumalla, "Justicia penal...", cit. n. 1, pp. 54 y ss. También, K. Ambos, "El marco jurídico...", cit. n. 17, pp. 46 y ss.

escapar a los matices. Creo que el punto de partida es el de que en circunstancias excepcionales la amnistía podrá alcanzar incluso a tales delitos³⁵⁹³⁶⁰, siempre que, además, por imperativo del postulado de necesidad, la restricción del derecho que supone la amnistía sea mínima, en el sentido de que venga acompañada de la declaración de antijuridicidad de las conductas y del reconocimiento y la indemnización de las víctimas³⁶¹. Pero creo también que este mucho no podrá ser un todo democrático, que lleve al sistema a traicionar su propia esencia axiológica. Estos delitos - cuya prohibición y prevención están en

³⁵⁹ No creo que ello suponga desconocer la imponderabilidad de los derechos correspondientes, que se refiere sólo a la injustificabilidad de tales conductas “directas” – no incluyen las conductas de desamparo judicial o normativo - de tortura, desapariciones forzadas o ejecuciones sumarias, arbitrarias o extralegales. Tal es por ejemplo la dicción del art. 15 de la Constitución española. Nadie, y “en ningún caso”, puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

³⁶⁰ Para Noriega Alcalá “la facultad estatal de dictar amnistías y leyes de extinción de acciones judiciales o de penas quedó restringida o limitada a materias que no incidan en graves violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad o que violen gravemente el derecho humanitario internacional” (“Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Decreto ley 2191 de Amnistía de fecha 19 de abril de 1978”; en *Ius et Praxis*, 12, 2006, II).

Desde una perspectiva formal, Pérez del Valle establece como límite de la amnistía el que la comunidad disponga de la potestad de sancionar; a tal efecto no cabría amnistía “sobre delitos en los que se ha renunciado a la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo” ni “respecto de otros delitos respecto de los que está vigente el principio de justicia universal” (op. cit. n. 11, pp. 204 y s.). El argumento, aun sugerente, no me parece convincente. En el primer caso, porque es distinta la ponderación que está detrás de la prescripción respecto a la propia de la amnistía y porque la renuncia a la prescripción no supone una renuncia a la amnistía: actúan en planos distintos. En el segundo caso, porque una cosa es la legitimidad de la amnistía y otra su ilegalidad internacional.

³⁶¹ El Informe 34/96 ComIDH señala, respecto al Decreto chileno 2191 de 1978, que “impidió no solamente la posibilidad de sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino también aseguró que ninguna acusación fuera hecha y que no se conocieran los nombres de sus responsables” (p. 70). La sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica de 25 de julio de 1996, que validó la Ley de amnistía de 1995, utilizó, entre otros argumentos, el de que la Ley exigía una plena declaración de hechos ante el Comité de amnistía.

Tamarit Sumalla señala que “la cuestión no debe ser planteada en términos de exclusión absoluta de delitos amnistiables, sino de elaboración de las exigencias mínimas de justicia en los supuestos de pacificación y reconciliación” (“Amnistía...”, cit. n. 11, p. 1.833).

la médula de la democracia, cuya gravedad y opacidad hacen que el delito sea imprescriptible, que su prohibición sea absoluta, y que el derecho fundamental a no padecerlos sea también un derecho a su persecución decidida y a su prevención eficaz - no pueden ser objeto de una amnistía radical que, por afectar a la totalidad de la represión o a su cabeza, renuncie a su prevención y ponga un interrogante en el entero sistema³⁶².

A) Amnistiar radicalmente estos delitos es eliminar la cortapisa de la pena futura: el dictador actuará en la confianza de que, en el peor de los casos para él, podrá quedar amparado, él y sus agentes, por una amnistía a la que él mismo podrá condicionar la cesión del poder³⁶³. Si realmente estamos ante crímenes de lesa humanidad³⁶⁴, si realmente la amnistía es general – por su alcance o porque afecta a la cabeza de la represión -, si todo ello equivale a la práctica renuncia de la prevención de estos delitos, creo que estamos ante una frontera

³⁶² En este sentido, K. Ambos, en su prólogo al libro de Gil Gil “La justicia...”, cit. n. 1, p. 17. Dicho en el lenguaje del Comité de Derechos Humanos, tales amnistías “promueven una atmósfera de impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos pertenecientes a las fuerzas de seguridad” [Comentarios sobre Argentina, CCPR/C/79/Add.46 (1995), punto 10]. Que en esta materia cabe hacer distingos lo muestra el reciente documento de la Conferencia Episcopal de Chile “Chile, una mesa para todos en el Bicentenario” (21.07.10): la petición de indulto se detiene prudentemente respecto a “quienes cumplen penas por delitos contra los derechos humanos cometidos durante el Régimen Militar”. También ahí es posible el indulto, si bien ha de distinguirse según “el grado de responsabilidad que le cupo a cada uno, el grado de libertad con que actuó, los gestos de humanidad que tuvo y el arrepentimiento que ha manifestado por sus delitos” (II.4).

Tamarit Sumalla parece aceptar esta posibilidad de plena renuncia a la pena por razones análogas a las justificantes del estado de necesidad (“Amnistía...”, cit. n. 11, p. 1834; también en Tamarit Sumalla, “Justicia penal...”, cit. n. 1, pp. 58 y s.).

³⁶³ TAMARIT SUMALLA destaca algunos factores que disminuyen la necesidad de pena en los momentos de refundación política (“Amnistía...”, cit. n. 11, pp. 1.835 y s.). MALARINO relativiza el argumento preventivo y añade que un deber de punición a ultranza puede conducir precisamente a que el dictador criminal no ceda el poder (“Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas”, en AA. VV., “Justicia de transición”, cit. n. 17, pp. 424 y s.).

³⁶⁴ Que incluyen “la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (SCIDH Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26.09.06, p. 96).

constitucionalmente irrebasable para el legislador. Y creo que, en tal sentido, el éxito de la transición no puede ni traicionar la democracia ni hipotecar su futuro³⁶⁵.

Se trata en realidad en que la interdicción de tales horrendas conductas se ha convertido en un derecho fundamental que comprende su persecución y su prevención estatal, y que tal derecho ha pasado a formar parte de la identidad material de los sistemas democráticos. Tal derecho, imbricado en lo hondo de la dignidad de la persona, es consustancial al sistema, que puede llegar a perdonarlos – a contemporizar en cierto modo con su vulneración - pero no a renunciar a su prevención. Con lo primero el Estado lesiona el derecho correspondiente; con lo segundo, se traiciona a sí mismo. Y esto constituye un coste inasumible³⁶⁶.

B) A la misma conclusión de desproporción de la amnistía radical de los delitos de lesa humanidad se llega desde la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales como límite a su restricción, se considere como un límite de proporcionalidad o como un límite distinto a éste. Alude a la intangibilidad del contenido mínimo del derecho, que, definido en sentido negativo, es aquel cuya ausencia lo deja desfigurado, no reconocible.

³⁶⁵ MALARINO sostiene la legitimidad posible de una amnistía radical. Sobre el presupuesto de que la paz es el bien supremo, sólo puede otorgarse “tanta justicia como paz lo permita”: “La paz es siempre un interés prioritario frente a la persecución y punición de hechos ilícitos, pues la conservación de una situación de paz es la finalidad básica de cualquier forma de asociación política entre ciudadanos y el presupuesto de la convivencia entre seres humanos” (op. cit. n. 38, p. 427). Como se refleja en el texto, no comparto el presupuesto: ¿debe hacer la prioridad de la paz que el Estado democrático ceda ante las exigencias de los grupos violentos?

³⁶⁶ Como señala PÉREZ DEL VALLE que “la amnistía no puede afectar a la confianza en que los requerimientos de la ley en la consecución del bien común siguen vigentes”. Con lo que “la necesidad de la amnistía requiere una referencia negativa al fundamento de la pena” (op. cit. n. 11, p. 205).

Según una sólida tesis constitucional³⁶⁷, que en España utiliza el Tribunal Constitucional y que tiene su germen en la exigencia constitucional de que el legislador respete el contenido esencial de los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 53.1 CE), el legislador puede proceder a la restricción de derechos fundamentales siempre que lo haga para preservar otros bienes y derechos constitucionales, siempre que lo haga proporcionalmente y, en fin, siempre que su medida restrictiva no dañe el contenido esencial del derecho afectado. Y contenido esencial es, según el Tribunal Constitucional³⁶⁸, *“aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”* (STC 11/1981, f. j. 10).

Desde una percepción objetiva del contenido esencial de los derechos es el instituto mismo el salvaguardado por la garantía, y por ello la refiere la Constitución española al legislador, y no el derecho subjetivo de cada particular. Tal contenido queda vulnerado cuando, “con motivo de la limitación, se priva del mismo a la mayoría de los titulares o cuando el derecho, en cuanto tal, pierde por completo su sentido para la vida social”³⁶⁹. Pues bien: lo que la historia y la reflexión jurídica nos demuestra en relación con los derechos ahora referidos en cuanto limitables por la amnistía es que sin su componente de protección y prevención estatal tales derechos a no padecer torturas, y a la vida y a la libertad frente a la actuación arbitraria del poder, carecen de sentido y de capacidad de amparo para su titulares. El legislador no sólo no puede ordenar o permitir tales

³⁶⁷ V., por todos, MEDINA GUERRERO, “La vinculación del legislador a los derechos fundamentales”, Madrid (McGraw Hill), 1996, pp. 146 y ss.

³⁶⁸ Que ha desarrollado también en materia de extradición la idea de “contenido absoluto” como “núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona” (STC 82/2006, f. j. 2).

³⁶⁹ MEDINA GUERRERO, op. cit. n. 42, pp. 157 y s.

actuaciones, sino que tampoco puede renunciar a su persecución judicial o a su prevención penal. Y tal renuncia es la que supone una amnistía radical, en el indicado sentido de amnistía para todos los delitos o de amnistía relevante – dejando sin pena o sin pena mínimamente preventiva – a los dirigentes de la represión.

C) LA NECESIDAD DE LA AMNISTÍA

24. He señalado ya con anterioridad que la legitimación de la amnistía desde el punto de vista de su proporcionalidad radica sobre todo en su carácter ventajoso: en que sea proporcionada en sentido estricto: en que el déficit de prevención penal que comporta nos merezca la pena por los logros que la amnistía supone. Y he afirmado ya que en algunos supuestos extremos, por la gravedad y la peculiaridad de los delitos y por el alcance de la amnistía, nunca merecerá la pena la amnistía, y que esta “inamnistiabilidad” de sus atentados, en cuanto determinante de la propia vigencia del derecho concernido, pasa a formar parte del contenido mismo el derecho.

De las demás exigencias de la proporcionalidad de la amnistía (finalidad legítima, funcionalidad, necesidad) hemos aún de detenernos en el tercero, que alude al carácter mínimo o necesario de la amnistía. Repárese en que el razonamiento habitual en este ámbito es el de la intervención mínima punitiva, el de la necesidad de la penas, y en que aquí lo que estamos evaluando no es el daño que supone la pena, sino, a la inversa, el daño que supone la falta de pena. No si la pena es necesaria, sino si es necesaria la amnistía.

No sería imprescindible la amnistía – no tendría carácter mínimo la “desprevención” que supone – si pudiéramos conseguir sus fines sin prescindir de la pena. Esto es bastante ilusorio en el paradigmático caso en el que se plantea la amnesia de delitos graves para la reconciliación nacional de cara a una convivencia democrática. Es precisamente la pena, con su intensidad negativa para la vida del condenado y de su entorno, el obstáculo que se opone

a una nueva etapa armónica³⁷⁰. Tan ilusorio, por cierto, como, en otro ámbito, confiar en que en los casos graves de delitos contra la humanidad la amnistía pueda justificarse por la falta de necesidad preventiva - ahora no de amnistía sino - de la pena: porque existan medidas de declaración de culpabilidad y de reconocimiento y de indemnización de las víctimas que puedan ser suficientes para la razonable disuasión de la tortura, de las desapariciones forzadas, de las ejecuciones arbitrarias e ilegales. El presupuesto de la amnistía es la pena y el presupuesto de la pena democrática es que no existen medidas alternativas menos gravosas que la misma para evitar las conductas que la pena sanciona.

25. Volviendo al tema que nos ocupa, que es el del carácter mínimo de la amnistía como requisito – uno de los cuatro requisitos - para que sea proporcionada: la reducción de costes sociales superfluos de la amnistía exigirá que cuando la misma se imponga – porque es adecuada, necesaria y ventajosa para un fin loable - vaya acompañada de las medidas no estrictamente penales que acompañan a la pena y a las que no hay necesidad de renunciar. Me refiero a la declaración de culpabilidad – al reconocimiento de que la conducta fue gravemente injusta y reprochable a su agente -, con el componente de reparación moral que comporta para las víctimas, y las medidas adecuadas de indemnización de éstas³⁷¹. En este sentido la legitimidad de la amnistía pasa por

³⁷⁰ K. AMBOS sugiere las atenuaciones de pena o las forma especiales de ejecución (en “Prólogo”, cit. n. 37, p. 17).

³⁷¹ En esta línea se pronuncia el INFORME JOINET (cit. n. 31): “La amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz. Carece además de efecto jurídico alguno sobre las acciones de las víctimas relacionadas con el derecho a reparación” (punto 32). De gran interés son sus reflexiones sobre la reparación a las víctimas. Distingue entre las individuales, que comprenden medidas de restitución, de indemnización y de readaptación (p. 41). Las colectivas son “medidas de sentido carácter simbólico, a título de reparación moral” (42). El Informe incluye garantías de no repetición de las violaciones, tales como la “disolución de los grupos armados paramilitares [...] acompañada de medidas de reinserción”, la “derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción y reconocimiento del carácter intangible y no derogable del recurso de habeas corpus; y la “destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que han sido cometidas”. Se debe tratar de medidas administrativas” (p. 43).

su proporcionalidad, y ésta por que se trate de una amnistía “condicionada” o “responsable”³⁷².

IV. CONCLUSIÓN

26. Una norma de amnistía es legítima si es una ley de un legislador democrático; si su ámbito de intervención es igualitario (es razonable en función de su finalidad); y si, en atención a su necesidad y a sus costes, no es desproporcionada ni daña el contenido esencial de los derechos restringidos por la misma.

La amnistía de los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias constituye una vulneración de los derechos fundamentales a no padecer tales agresiones, pues tales derechos incorporan a su contenido directo la persecución judicial y la protección normativa. Este coste podría ser asumible en función de los importantes frutos democráticos que pretenda la amnistía, salvo que, por su radicalidad, por afectar a la totalidad de la represión o a su cabeza, la amnistía suponga en la práctica una renuncia a la prevención de estos delitos. Dicho coste deberá ser reducido al máximo con el mantenimiento de la declaración de culpabilidad del autor y de las medidas indemnizatorias para las víctimas.

No creo que deba exigirse también el “arrepentimiento público”, como propone K. AMBOS (“Prólogo”, cit. n. 37, p. 19). TAMARIT SUMALLA ha destacado cómo las Comisiones de la Verdad pueden revelarse al respecto “como instrumentos que pueden satisfacer muchas de las expectativas sociales y normativas relativas a la justicia, pues permiten atribuir responsabilidad, expresar y comunicar reproche, reconocer y reparar a las víctimas. Los fines de la pena de carácter preventivo-reparador pueden verse en gran medida satisfechos mediante estas formas de justicia de transición si las mismas abordan de modo global las diversas necesidades sociales en contextos de transición, en los que la necesidad de hacer justicia no puede ser desvinculada de las necesidades de pacificación, reconciliación y reforma institucional” (“Justicia penal...”, cit. n. 1, p. 46). Sobre la experiencia latinoamericana sobre el papel de la verdad en los procesos de transición, v. MALARINO, cit. n. 38, pp. 418 y ss.

³⁷² Para estos conceptos, K. AMBOS, “El marco jurídico...”, cit. n. 17, pp. 71 y ss.

Esta propuesta reduce la “inamnistiabilidad” radical de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e interpreta el sentido en el que la misma es la regla (“generalmente”) según el Comité de Derechos Humanos: la amnistía es ilegítima si es general o si afecta a los principales autores de los delitos, porque supone una renuncia a la prevención de atentados gravísimos a la dignidad de la persona amparados desde el Estado que traiciona las bases valorativas del Estado democrático y daña el contenido esencial de los derechos fundamentales a no padecerlos.